

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o. 19.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU

CONTRAT DE SOCIÉTÉ

DROIT FRANÇAIS

DE

L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Georges-G. BOURSAN

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546313_0034

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU

CONTRAT DE SOCIÉTÉ

DROIT FRANÇAIS

DE

L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Mercredi
23 Mai 1883, à deux heures et demie*

PAR

Georges-G. BOURSAN

PRÉSIDENT : M. BOISTEL

SUFFRAGANTS	{	MM. RATAUD,	{	PROFESSEURS
		GARSONNET,		
		LEFEBVRE,		{
MICHEL HENRY,				

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront
faites sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883



A MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN.

DU

CONTRAT DE SOCIÉTÉ

(Digeste, lib. XVII, t. II, Pro socio.)

DROIT ROMAIN.

DU

CONTRAT DE SOCIÉTÉ

(Digeste, lib. XVII, t. II, Pro socio)

CHAPITRE PREMIER.

Définition. — Des éléments essentiels du contrat de société et des modalités qui peuvent l'affecter.

La société en droit romain est un contrat consensuel par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent à mettre en commun des valeurs quelconques ou leur industrie, afin d'en retirer un profit commun appréciable en argent et licite (M. Molitor, *Oblig. d'ap. le droit romain*, tom. II, n° 629).

Cette définition (1) résulte des principes développés par

(1) Les textes du Digeste ne nous donnent aucune définition du contrat de société.

les jurisconsultes et résume les trois éléments constitutifs du contrat de société, savoir : 1° le consentement des parties contractantes; 2° l'obligation pour chacun des associés de faire un apport; 3° un but consistant dans l'intention de faire en commun des bénéfices licites et de les partager.

Étudions successivement chacun de ces éléments.

SECTION I.

Du consentement.

Le contrat de société, comme tout contrat, ne peut exister sans le consentement des parties contractantes. Il y a plus, dans la société, le seul consentement suffit pour donner naissance aux obligations réciproques des parties; c'est un contrat du nombre de ceux qui se forment *solo consensu* (Gaïus, III, §§ 135 et 136; *Inst.*, lib. III, t. xxii; Dig., loi 2 pr. et § 1, L. 44, t. 7). Par conséquent, la société n'exige pour sa perfection aucune solennité.

Dans la pratique, les conventions de société étaient constatées par écrit (Paul, loi 71 pr., *Pro socio*). Mais le *pactum conventum societatis* ⁽¹⁾ n'intervient que pour fournir aux associés un moyen de preuve. En effet, la variété des clauses insérées, l'importance des affaires, exigeaient un témoignage durable de la volonté des parties.

(1) Les mots *pactum conventum societatis* ne signifient pas par eux-mêmes *écrit*; ce n'est qu'accidentellement que Paul les emploie dans ce sens, à cause du mot *proscripserunt* qui en détermine le sens.

Le consentement des parties peut être donné tacitement. Modestin nous dit, en effet : *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse dubium non est* (loi 4 pr., *Pro socio*). Gaius ajoute : *inter absentes et per epistolam* (Gaius, III, § 136; Dig., loi 2, § 2, lib. XLIV, t. VII; *Inst.*, lib. III, tit. XXII). Les mots *et re* signifient par la force des choses, tacitement. Le consentement peut se manifester aussi : *verbis*, c'est-à-dire par un accord exprès; *per nuntium*, lorsque la pollicitation ou l'adhésion à une pollicitation faite par une autre personne est transmise au moyen d'un messenger; *per epistolam*, quand on accepte par lettre la convention proposée.

Que le consentement soit manifesté expressément ou tacitement, il faut, ainsi que le dit Ulpien (loi 34 D., *Pro socio*) l'*affectio societatis* : c'est-à-dire que les associés aient eu l'intention de former une société; c'est là un élément essentiel. Une même chose peut être possédée en commun par deux ou plusieurs personnes sans qu'il y ait pour cela société entre elles. Ulpien (L. 31 et 32, *Pro socio*) nous en donne des exemples : Deux colégataires, deux codonataires du même objet; deux cohéritiers ont fait addition d'hérédité; deux personnes ont acheté séparément d'un propriétaire la moitié indivise de son champ. Dans ces différentes hypothèses, il n'y a point de société entre les parties : l'*animus contrahendæ societatis* (L. 44, *Pro socio*), c'est-à-dire l'intention manque et nous ne trouvons plus qu'une simple communauté.

Quel intérêt y a-t-il à distinguer la société de la simple communauté?

Les conséquences résultant de cette distinction sont très-importantes au point de vue pratique, savoir :

1° La société est dissoute par la mort de l'un des

associés (loi 59 pr., *Prò socio*), cela tient au caractère particulier du contrat de société : il se forme *intuitu personæ*, c'est-à-dire que chacun prend en considération les qualités personnelles et les aptitudes spéciales de ses associés. La communauté, au contraire, n'en subsiste pas moins malgré la mort d'un des communistes ; elle continue d'exister entre les communistes vivants et les héritiers du défunt.

2° Le communiste peut céder sa place, c'est-à-dire disparaître complètement en mettant un tiers en son lieu et place. Un associé ne peut se substituer une autre personne, et s'il a transféré à un tiers des droits qu'il a dans la société, l'acheteur reste étranger à la société et ne peut exercer les actions de son vendeur que *procuratoris nomine* (lois 17, 19 et 20, *Pro socio*).

3° Un associé peut bien s'associer un tiers qu'on appelle croupier (loi 21, *Pro socio*) ; mais ce dernier reste étranger aux autres associés (lois 19 et 20, *Pro socio*). Si un communiste vend, par exemple, la moitié de sa part indivise dans un fonds commun, l'acheteur devient communiste avec les autres copropriétaires.

4° L'associé, défendeur à l'action *pro socio*, est noté d'infamie en cas de condamnation ; le communiste n'en court jamais pareille peine.

5° L'indivision n'a jamais le caractère de personne morale. La société peut, dans certains cas, avoir ce caractère.

6° La communauté est, pour ainsi dire, un fait accidentel que les parties peuvent faire cesser à leur gré ; la société est un état stable dont on ne peut s'affranchir qu'avec certaines réserves indiquées d'avance par le législateur.

Nous reviendrons sur ce point en parlant de l'action *pro socio*.

Le consentement pour être valable doit émaner d'une personne capable.

D'une manière générale tout le monde peut contracter une société, même les pérégrins, car il s'agit d'un contrat de droit des gens; il n'est pas besoin même d'être *sui juris*.

Les personnes incapables sont : le mineur sans l'*auctoritas* du tuteur (loi 33, *Pro socio*, D.), le *furiosus*, à moins qu'il ne fût dans un intervalle lucide.

Si l'associé est fils de famille il est tenu *jure civili* et peut être poursuivi par l'action *pro socio*. Il peut y avoir lieu à l'action *quod jussu* contre le père, si le fils s'est associé sur son ordre; à l'action *institoria* ou à l'action *exercitoria*, si le fils s'est associé pour les besoins du commerce auquel il a été préposé par le père; enfin, au cas où aucune de ces deux circonstances n'existe, il peut y avoir lieu aux actions *de peculio* et *de in rem verso* (*Inst.*, lib. IV, t. VII).

Il en est de même de l'esclave, sauf que ce dernier ne peut contracter qu'*ex persona domini* et ne peut jamais être personnellement tenu.

Le consentement doit être exempt d'erreur, de dol ou de violence.

L'erreur sur l'objet même de la société annule complètement le contrat (loi 57, D., lib. XLIV, t. VII). L'erreur sur la personne sera le plus souvent une cause de nullité, la société étant un contrat fait *intuitu personæ*. Dans ce dernier cas comme dans celui où l'erreur porterait sur la nature et l'étendue des engagements pris dans la convention, le juge de l'action de bonne foi

pro socio décidera si ces erreurs peuvent entraîner la rescision du contrat ; les parties eussent-elles contracté si elles avaient connu la vérité ? Telle est la question que le juge aura à se poser et à résoudre *ex æquo et bono*.

Quant à l'erreur sur les motifs, elle n'est jamais une cause de nullité.

En ce qui concerne le dol et la fraude, la loi 3, § 3 *Pro socio* au Digeste, s'exprime ainsi : « *Societas si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est : quia fides bona contraria est fraudi et dolo.* »

Cette loi est générale, dans tous les cas le dol vicie le contrat et nous croyons qu'il n'y a pas à distinguer entre le *dolus incidens* et le *dolus dans causam contractui*.

Que signifie l'expression : *ipso jure nullius momenti est* ? Est-ce à dire que le dol annule de plein droit le contrat ? Nous ne le croyons pas. C'est, du reste, l'opinion généralement admise.

Décider le contraire, ce serait admettre que la loi 3, § 3 consacre une dérogation au droit commun en matière de dol. Remarquons, en outre, que l'associé trompé n'a rien à gagner à cette nullité de plein droit et qu'on peut expliquer ces mots *ipso jure* en ce sens qu'à le dol se rattachant à un contrat de bonne foi ne donne jamais lieu ni à l'insertion dans la formule de l'exception *doli mali*, ni à l'exercice de l'action *de dolo* (1). L'associé victime du dol pourra faire prononcer la nullité de la société au moyen de l'action *pro socio*.

(1) Accarias, t. II, p. 493, note 3.

La violence, *metus instantis vel futuri periculi* (loi 1, D., lib. IV, t. II), suffisante pour intimider un homme raisonnable (loi 6, D., lib. IV, t. II), est à plus forte raison une cause de nullité. L'associé victime de la violence pourra agir à son gré, soit par l'action *quod metus causa*, soit par l'action *pro socio*, lorsque la violence sera le fait de l'un des associés, en considérant la violence comme un dol pratiqué sur lui. Mais si la violence provient d'un tiers, l'associé violenté sera obligé de recourir à l'action *quod metus causa*, action *in rem scripta*, qui peut être donnée même contre celui qui n'est point auteur de la violence.

SECTION II.

De l'apport.

La seconde condition essentielle pour l'existence d'une société est l'obligation des associés de faire un apport.

Cet apport peut consister en tout ce qui peut être l'objet d'une estimation quelconque. Outre les biens corporels et incorporels, on peut apporter à la société l'usufruit ou la simple jouissance de ces biens; on peut apporter aussi son travail, son industrie (loi 6, D., *Pro socio*), son crédit (loi 80, D., *Pro socio*).

Les apports faits par les divers associés peuvent n'être pas de même nature; l'un peut apporter la propriété ou l'usufruit de certains biens, un autre la jouissance d'une chose, un autre enfin qui apporte moins en valeurs peut compenser cela en apportant son crédit ou son talent

(loi 5, § 1, loi 29, § 1, D., *Pro socio*). Il se peut même que l'un des associés n'apporte que son industrie ou son crédit (loi 29, § 1, D., *Pro socio*). Un texte (loi 1, *Pro socio*, lib. IV, tit. xxxvii) au Code laisse soupçonner qu'il y avait eu doute sur le point de savoir si la société, dans laquelle l'un apportait *pecunia* et l'autre *opera*, était valable; mais on avait fini par adopter l'affirmative ⁽¹⁾. Papinien (loi 52, § 7, D. *Pro socio*) nous donne pour exemple le cas d'un capitaliste et d'un architecte qui se sont associés pour bâtir. Il n'est pas douteux qu'il y ait là contrat de société donnant naissance à l'action *pro socio*.

De même, il n'est pas nécessaire que les divers associés mettent dans la société des choses de même valeur (loi 5, § 1, D. *Pro socio*). Mais il faut que chacun y mette quelque chose et si l'un des contractants est admis au partage des bénéfices, sans avoir fait aucun apport, il n'y a pas société, mais donation : « *Donationis causa societas recte non contrahitur* » (loi 5, § 2, D., *Pro socio*). Mais l'acte en tant que donation est-il valable? Au temps de la jurisprudence classique cet acte eût été sans effet, car la donation ne pouvait résulter d'un simple pacte (*Fragmenta vati*, §§ 263, 266 à 268). De la nullité qui résulte du défaut d'apport, nous concluons que, si un mineur a été engagé dans une semblable société, il n'aura pas besoin pour se dégager d'invoquer la restitution prétorienne et il ne pourra même pas l'invoquer à cause du caractère subsidiaire de cette restitution. Ici, en effet, la société serait nulle même à l'égard des associés majeurs :

(1) La société contractée entre Fannius Chéréa et le comédien Roscius (Cicéron, *Pro Rosc. com.*), cit. de M. Accarias, tom. II, p. 491, note 1.

satis ipso jure munitus est (loi 16, § 1, *De minoribus*, D., lib. IV, t. IV).

Sous Justinien, le simple pacte de donation étant productif d'obligation, une société dans laquelle un des associés ne ferait point d'apport vaudrait comme donation, pourvu que la libéralité ne dépassât pas 500 solides (car alors les parties avaient à remplir la formalité de l'insinuation).

La donation ne vaudrait pas si l'on avait voulu donner indirectement à une personne qui ne peut recevoir directement; aussi le contrat simulé de société entre mari et femme est-il annulé lorsqu'il sert à déguiser une libéralité (loi 32, § 24, D., lib. XXIV, t. 1). Si la libéralité n'est que l'accessoire du contrat de société, par exemple si l'un des associés, tout en faisant un apport notoirement insuffisant, obtient néanmoins une part égale dans les bénéfices, la donation est valable ainsi que le contrat de société lui-même ⁽¹⁾.

En ce que concerne la réalisation des apports et la question des risques, nous nous en occuperons plus loin, en parlant des obligations des associés (chap. 3, sect. 2, § 1).

(1) Le contrat de vente ne perd pas ce titre quand le vendeur a, pour un motif quelconque, conclu la vente pour un prix inférieur au prix réel (Ulpien, loi 38, D., lib. XVIII, t. 1).

SECTION III.

Du but de la société.

Les parties contractantes doivent poursuivre un but commun. Ce but consiste dans l'intention de réaliser des bénéfices et de les partager. C'est là une troisième condition essentielle pour qu'il y ait contrat de société.

Le bénéfice que les parties poursuivent peut être un gain proprement dit; ce peut être aussi un avantage d'une autre nature, ce qui arrive dans les sociétés où les parties se proposent de diminuer, en s'unissant, les frais qu'entraînerait pour chacune une action isolée. Par exemple, deux propriétaires voisins s'entendent pour réparer le ruisseau commun qui les sépare (loi 52, § 12, *Pro socio*), ou bien pour construire un mur de séparation destiné à soutenir leurs constructions respectives, ou bien encore pour acheter en commun un terrain dans le but de conserver la vue dont jouissent leurs habitations (loi 52, § 13, *Pro socio*). L'avantage dont nous venons de parler doit être appréciable en argent; aussi n'y aurait-il pas société, dans le sens juridique du mot, s'il s'agissait d'un avantage purement moral, comme dans les associations formées dans un but religieux ou philanthropique.

L'avantage que les associés retireront de la société doit être commun à tous. Si l'un des contractants est exclu d'une manière absolue du bénéfice, c'est-à-dire si ce bénéfice devait échoir pour le tout à l'un ou à quel-

ques-uns seulement des associés, une pareille convention serait complètement nulle (1). C'est ce qu'on appelle une société *léonine* (loi 29, § 2, *Pro socio*).

Point n'est besoin de dire que si la société se liquidait par des pertes, la perte serait commune, comme le gain lui-même (loi 67, *Pro socio*). Nous verrons plus loin comment on peut valablement convenir qu'un associé sera affranchi de toute participation aux pertes.

La quatrième et dernière condition essentielle est que le but de la société soit licite et honnête. Aussi une société formée pour exercer le brigandage, la contrebande, se livrer à l'usure ou fabriquer de la fausse monnaie, était radicalement nulle : « *Si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem; generaliter enim traditur, rerum inhonestarum nullam esse societatem* » (loi 57, *Pro socio*). « *Nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio justa damni ex maleficio est* » (loi 1, § 14, D., lib. XXVII, t. III).

Quels sont les effets de la nullité que nous venons d'indiquer?

Il faut distinguer plusieurs hypothèses : si les choses sont entières et si les associés n'ont pas encore effectué leurs apports, aucun d'eux ne sera forcé de réaliser ce qu'il a promis ; aucune action ne pourra être exercée à cet effet (loi 35, § 1 ; loi 137, § 6, D., lib. XLV, t. I).

Lorsque les apports ont été effectués, chaque associé peut venir réclamer ce qu'il a versé. On applique ici par analogie, le principe de la loi 5, D., lib. XII, t. VII :

(1) Il suffit, pour que la société soit valable, d'un avantage conditionnel, de l'espoir de partager les bénéfices (loi 44 et loi 52, § 7, *Pro socio*, voyez pages 19 et 21).

les apports ont été faits plutôt *ob nullam quam ob turpem causam*, par conséquent, ils peuvent être réclamés par une *condictio sine causa*.

Si la société a fonctionné et que les bénéfices aient été réalisés, aucun des associés ne pouvant fonder une action sur sa propre turpitude, ne pourra réclamer sa part des bénéfices illicites réalisés par un autre; c'est le cas d'appliquer le principe de la loi 8, D., lib. XII, t. v : « *Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessor potior est.* » Le gérant gardera tout le bénéfice, et, en sens inverse, il supportera toute la perte. Chaque associé peut cependant reprendre son apport en fondant sa réclamation sur son droit de propriété. On ne peut comprendre que les autres associés puissent venir repousser sa demande en invoquant le contrat honteux qu'ils ont conclu.

Si les bénéfices ont été partagés, ils resteront la propriété de ceux qui les possèdent (loi 8, D., lib. XII, t. v).

SECTION IV.

Des modalités qui peuvent affecter le contrat de société.

Le contrat de société est-il susceptible de modalités? Nous trouvons la réponse dans un texte de Paul qui nous dit : « *Societas coiri potest vel in perpetuum, id est, dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione* » (loi 1, D., *Pro socio*).

Il résulte de ce texte que les droits des parties n'étaient

limités par aucune prohibition si ce n'est qu'elles ne pouvaient contracter une société *in æternum* (loi 70, *Pro socio*). Une société peut être contractée *in perpetuum*, c'est-à-dire que, d'après l'explication donnée par Paul lui-même, le terme le plus éloigné était la mort de l'un des associés. Cela s'explique très-bien par l'*intuitus personæ*, qui est en quelque sorte la base de toute société (loi 65, § II, *Pro socio*). Aussi ne pourrait-on pas convenir qu'à la mort de l'un des associés, la société continuerait avec les héritiers (sauf exception pour la société vectigaliennne). Remarquons que même dans une société contractée *in perpetuum* les associés conservent le droit de demander la dissolution de la société : « *Nemo in communione vel societate compellitur invitus detineri* » (loi 5, C., lib. III, t. xxxvii). Il y a plus, une clause contraire eût été complètement nulle (loi 14, D., *Pro socio*). Nous verrons plus loin que la renonciation à la société de la part d'un associé ne doit pas être intempestive.

La société peut être contractée : *ad tempus*, c'est-à-dire pour un temps déterminé et alors la renonciation avant l'arrivée du terme, n'était admise qu'exceptionnellement et pour des motifs graves (loi 65, § 6, *Pro socio*); *ex tempore*, lorsque le contrat n'était mis en exécution qu'à partir d'un certain temps.

Paul nous dit, enfin, que la société peut être contractée *sub conditione*. Cette solution n'avait pas été admise sans discussion par les anciens jurisconsultes; Justinien nous apprend qu'il y a eu controverse et consacre définitivement l'opinion de Paul (loi 6, Code, lib. IV, t. xxxvii).

D'où pouvait venir ce désaccord entre les anciens auteurs?

Plusieurs explications ont été données sur ce point. Cujas (1) a pensé que le doute résultait de ce que les associés étaient obligés de recourir à la *mancipatio* pour réaliser certains apports (des choses *mancipi*). La *mancipatio* étant un *actus legitimus*, n'admettait pas la condition, et par conséquent, dit-il, la société conditionnelle elle-même n'était pas possible.

Cette explication, nous devons la repousser pour les raisons suivantes : d'abord, l'*actus legitimus* n'admettait pas non plus le terme ; or, jamais on n'a contesté la validité d'une société contractée à terme. Pour quelle raison en serait-il autrement quand il s'agit d'une société conditionnelle ? Ensuite si l'*actus legitimus* ne comportait pas de condition expresse, il n'en est pas moins vrai qu'il se prêtait à une condition tacite, et dans notre cas la condition frappe la société, et ce n'est qu'indirectement qu'elle frappe la mancipation. Enfin, il n'est pas exact de dire que les apports devaient nécessairement s'effectuer par la mancipation. Lorsque les choses apportées par les associés étaient des *res nec Mancipi*, la tradition, qui comporte une condition, suffisait pour transférer la propriété.

Une deuxième explication est la suivante : Si on n'a pas admis sans discussion qu'une société pouvait être contractée sous condition, c'est, nous dit-on, à cause de l'incertitude sur le point de savoir si une personne faisant un certain acte, le fait pour elle-même ou au contraire, le fait en qualité d'associé. Il y a là une indécision qui peut amener des résultats bizarres ou des grandes com-

(1) Cujas, *Commentaire de Paul sur l'édit* (lib. XXXII, ad., l. 1, *Pro socio*).

plications (1). Pour que cette explication soit la bonne, il faudrait admettre d'une manière générale, que la condition une fois réalisée, avait pour effet de rendre rétroactivement exécutoire le contrat conditionnel du jour où il avait pris naissance. Or, nous croyons avec M. Bufnoir (2), qu'il y a là une idée exagérée : « Quand une société était contractée sous condition, à moins de convention contraire expresse, elle ne commençait en fait qu'à l'événement de la condition. »

M. Accarias explique l'impossibilité de la condition dans la société par le *jus fraternitatis* ; car, dit-il, la fraternité existe ou n'existe pas, mais elle ne saurait être conditionnelle (*Précis de droit romain*, tome II, p. 493, note 2 et p. 465, note 2).

Il est difficile de rechercher spécialement pourquoi la validité de la société conditionnelle a fait l'objet d'une difficulté, car le même doute paraît avoir existé pour deux autres contrats consensuels ; Gaius (Com. III, § 146) nous dit, en effet, « *Jam enim non dubitatur, quin sub conditione res veniri aut locari possint.* » Ce texte nous laisse voir que la même difficulté a existé pour d'autres contrats consensuels et il nous paraît plus naturel de chercher une explication qui soit commune à tous. Peut-être, pourrait-on dire, avec M. Bufnoir (3) : « Le consentement des parties étant ici essentiellement ce qui donne naissance au contrat, il doit se produire ou persister au moment même de la formation du contrat, c'est-à-dire à l'événement de la condition ; ce qui exclut toute efficacité juridique du consentement donné conditionnellement. »

(1) Demangeat : *Cours de droit romain*, t. II, p. 324.

(2) *Théorie de la condition en droit romain*, p. 116.

(3) *Théorie de la condition du droit romain*, p. 417.

APPENDICE.



Après avoir indiqué quelles sont les conditions essentielles à l'existence d'une société, nous pouvons examiner certaines hypothèses, dans lesquelles on a pu douter sur le point de savoir si les parties ont voulu contracter une société ou bien un contrat d'une autre nature.

Ulpien (loi 44 pr., D., *Pro socio*), nous présente une première hypothèse. J'ai donné mission à Primus de vendre une perle, en lui disant : « Si vous la vendez dix sous d'or, vous me les donnerez; si vous la vendez plus cher, l'excédant vous restera. » Y a-t-il société? Ulpien se charge de la réponse : « *Si animo societatis contrahendæ id actum sit, pro socio esse actionem; si minus præscriptis verbis.* » C'est une question d'intention. Les parties ont-elles entendu contracter une société, il y aura lieu à l'action *pro socio*, car les éléments indispensables pour donner naissance à cette action se trouvent réunis; sinon il aura lieu à l'action *præscriptis verbis*. Cette solution nous semble logique et conforme aux principes. Le même Ulpien, dans un autre texte (loi 13 pr., D., lib. XIX, t. v), examinant la même hypothèse, semble donner une solution différente, il dit : Il n'y a pas de mandat, car le mandat est gratuit, et notre convention renferme la promesse d'un salaire; il n'y a pas

de société, car le propriétaire de la perle s'étant réservé un prix déterminé, il peut se faire que le vendeur ne fût pas admis au partage des bénéfices.

Comment expliquer ces deux solutions en apparence si différentes?

Des auteurs ont pensé qu'il y avait opposition entre les deux textes et qu'il fallait rejeter la solution donnée par la loi 44, *Pro socio*, pour s'en tenir à la loi 13, D. XIX, t. v. La nature du contrat, disent-ils, dépend des règles invariables et certaines et l'intention des parties ne peut y suppléer. Ainsi, la société exige pour sa validité la participation aux bénéfices, et lorsque cette condition essentielle manque, le contrat n'existe point, n'importe l'intention des parties. Il y a dans ce raisonnement une proposition inexacte, fait remarquer avec raison, M. Molitor (1). « Il suffit qu'une condition essentielle soit posée hypothétiquement; ainsi il peut y avoir société si la participation aux bénéfices est hypothétique, si elle est future et incertaine, pourvu qu'elle soit possible. Il n'y a donc rien de contradictoire entre les deux décisions d'Ulpien, et il reste vrai de dire que sauf les dispositions légales qui sont d'ordre public, les parties peuvent donner à la convention telle nature et tels effets qu'elles jugent convenables. »

Nous croyons même pouvoir dire que la loi 13, loin de contredire l'autre texte (loi 44, *Pro socio*), ne fait, au contraire, que le confirmer. En effet, Ulpien, dans la loi 13 pr., *Præscriptis verbis*, ne suppose plus comme dans la loi 44 que les parties ont voulu contracter une

(1) *Oblig. droit romain*, t. II, n° 632.

société : « *Si animo contrahendæ societatis id actum sit;* » mais au contraire, il déclare qu'il n'y a pas lieu à l'action *pro socio*, parce que le propriétaire de la perle « *non admisit socium distractionis,* » parce que l'intention précisément fait défaut.

Quel intérêt y a-t-il à dire que la convention est une société plutôt qu'un contrat innommé?

Il y a un grand intérêt à faire cette distinction, car s'il s'agit d'un contrat innommé, analogue au mandat, ce propriétaire pourra, tant que la vente n'aura pas eu lieu, reprendre sa chose et révoquer le mandat. Il n'en serait pas de même s'il y avait société; celui qui a reçu mission de vendre, n'est pas seulement mandataire, il est en même temps associé. Or, le mandat qui est donné par un associé à son coassocié pour les affaires de la société, n'est pas révocable *ad nutum*. Une pareille révocation équivaldrait à une renonciation intempestive.

Cette convention pourrait avoir été conclue pour faire une donation. Ce qui peut se présenter dans le cas où le vendeur pourra vendre l'objet sans difficulté aucune et qu'il lui suffit de se présenter chez un joaillier pour obtenir immédiatement une somme, supérieure à dix sous d'or (Pothier, sur la loi 44).

Une autre hypothèse de ce genre : Un fonds de terre contigu aux héritages de deux voisins est en vente; l'un des deux propose à l'autre d'acheter ce fonds et de lui céder ensuite la portion qui touche son propre bien; puis, à l'insu de son voisin, il se porte acquéreur de la totalité.

Le voisin aura-t-il action contre l'acquéreur? Il y a, avant tout, une question de fait, suivant Julien, dont

l'opinion est rapportée par Ulpien (1). S'il s'agit d'un simple mandat que le voisin avait accepté uniquement pour rendre service, il n'y a pas d'action contre l'acheteur, car ce dernier était libre de révoquer le mandat par lui donné. Mais, si l'affaire devait être traitée dans l'intérêt commun, l'acheteur sera tenu par l'action *pro socio* de faire participer le voisin, son coassocié, à l'avantage qu'ils avaient en vue.

Une autre espèce : « Il a été convenu, entre Flavius Victor et Vellicus Asianus, que sur des terrains achetés avec l'argent de Victor, Asianus construirait des maisons. Le tout étant vendu par la suite, Victor prélèverait sur le prix ce que lui ont coûté les terrains, plus une somme déterminée et Asianus gardera le surplus » (loi 52, § 7, D., *Pro socio*). Il se peut que le constructeur Asianus ne trouve aucun bénéfice dans l'opération. Dès lors ne peut-on pas dire qu'il n'y avait pas contrat de société? Non, car, dans la convention, l'entrepreneur a l'espoir d'un gain éventuel et cela suffit pour remplir les conditions essentielles à l'existence d'une société. Aussi Ulpien nous dit : « *Erit pro socio actio.* »

Ce texte nous montre de plus, comme nous l'avons déjà dit, que dans une société un des associés peut n'apporter que son industrie, son talent.

Nous sommes propriétaires d'un fonds commun. Nous convenons de le garder indivis; seulement chacun de nous, à tour de rôle, le cultivera pendant un an et prendra la récolte entière, à condition de payer à l'autre une somme déterminée (loi 35, § 1, D., lib. XIX, t. II). Il n'y a pas contrat de société, dans notre hypothèse, car

(1) Loi 52 pr., *Pro socio*.

il n'y a pas de but commun. Mais alors, si pendant votre année de jouissance, vous nuisez à la récolte que j'aurais à faire à mon tour, par quelle action pourrai-je agir contre vous? Ce sera l'action *locati*, comme locateur de ma part, et l'action *conducti*, comme locataire de la vôtre ⁽¹⁾. Je puis même obtenir réparation par l'action *communi dividundo*. Ulpien (loi 23, D., lib. X, t. III), dans le cas où il n'y aurait pas *certum pretium*, donne l'action *communi dividundo* ou l'action *præscriptis verbis*.

Autre espèce : Deux laboureurs, qui n'ont chacun qu'un bœuf, conviennent de se le prêter alternativement pendant dix jours, afin de labourer leur champ. Il n'y a pas société, car chacun des contractants poursuit un résultat distinct.

Mais quelle action auront-ils pour se contraindre à exécuter leurs obligations? Ce n'est point l'action résultant du louage, puisqu'il n'y a pas de prix en argent, ni l'action du commodat, car le service n'est pas gratuit. Ils auront simplement l'action *præscriptis verbis* (*Inst.*, lib. III, t. XXIV, § 2).

(1) Remarquons, à propos de cette question, qu'en droit romain, le colonage partiaire, quoique réunissant tous les éléments essentiels du contrat de société (l. 23, § 6, D., lib. XIX, t. II), est considéré comme un contrat de louage. Cela a été admis dans l'intérêt de l'agriculture (M. Molitor, n° 645).

CHAPITRE II.

Des diverses espèces de sociétés.

Les *Institutes* de Gaius (C. III, § 148) et de Justinien (lib. III, t. xxv pr.) indiquent deux espèces de sociétés : la société *totorum bonorum* et la société *unius alicujus negotiationis*. C'est là une division générale. Mais il se présente des subdivisions et Ulpien nous en donne une énumération complète. Dans la loi 5 pr., *Pro socio*, au Digeste, il nous dit : « *Societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius.* » Il ajoute, dans la loi 7 du même titre, une cinquième espèce : la société *universorum quæ ex quæstu veniunt*.

Nous distinguerons, donc, d'après Ulpien, cinq espèces de sociétés, savoir :

- 1° La société *universorum bonorum*.
- 2° La société *universorum quæ ex quæstu veniunt*.
- 3° La société *negotiationis alicujus*.
- 4° La société *unius rei*.
- 5° La société *vectigalis*.

Nous donnerons quelques explications sur chacune de ces sociétés.

SECTION PREMIÈRE.

De la société *universorum bonorum* (1).

Cette société paraît avoir été très-usitée chez les Romains. Nous la trouvons fréquemment mentionnée dans les textes (Gaius, C. III, § 148, loi 1, § 1; loi 3, § 1; loi 5; loi 65, § 3, D., *Pro socio*). La loi 34, § 3, Dig., lib. XXXIV, t. 1, nous présente un exemple de société *omnium bonorum* entre époux. Cela devait arriver très-fréquemment, car, dit M. Accarias (2) : « Les sociétés universelles pouvaient fournir entre époux un moyen de prévenir tout à la fois, les dangers que la constitution d'une dot présentait pour la femme, et les inconvénients attachés pour le mari à l'absence de dot. »

1° *Actif*. La société *omnium bonorum* est la plus large de toutes. Elle a pour objet la mise en commun de tous les biens quels qu'ils soient qui composent le patrimoine des associés : les biens corporels et incorporels, les biens présents comme les biens à venir; ceux qui sont acquis par succession, donation ou legs, ceux qui *ex quæstu veniunt*.

Elle comprend de même l'indemnité que l'un des

(1) Les sociétés universelles sont probablement les plus anciennes de toutes. Cela expliquerait, dit M. Accarias (*Précis de droit romain*, tome II, n° 623, note 1) pourquoi elles viennent en première ligne dans le titre *Pro socio*, au Digeste, et pourquoi nombre de textes s'y réfèrent sans prendre même la peine de l'exprimer (loi 5, § 1; loi 65, § 16; loi 66, *Pro socio*).

(2) *Précis de droit romain*, tome II, n° 623, note 1.

associés aurait obtenue par l'exercice d'une action pénale, par exemple, par l'action *legis Aquiliæ* ou l'action *injuriarum* (loi 52, § 16, *Pro socio*).

La société *totorum bonorum* ne pouvait pas réclamer les bénéfices illicites faits par un des associés (loi 52, § 17, D., *Pro socio*); mais si ces bénéfices ont été versés dans la caisse commune, l'associé, auteur du délit, ne peut pas les reprendre, car « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » (loi 53, *Pro socio*). Toutefois, il faut en excepter le cas où l'associé aurait été condamné à restituer (loi 54, *Pro socio*).

Enfin, la dot elle-même de la femme d'un des associés entre dans la société de tous biens. Mais, si la dot tombe dans la société, ce n'est pas au même titre que les autres biens, mais avec sa destination spéciale, *cum sua causa*, c'est-à-dire avec l'obligation pour la société de subvenir aux charges du mariage : « *Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* » (loi 56, § 1, D., lib. XXIII, t. III).

Ainsi, tant que la société dure, elle jouit de la dot, parce qu'elle doit supporter les charges du mariage. Si la société se dissout avant le mariage, le mari reprend la dot par prélèvement sur le fonds commun, parce que les charges du mariage lui incombent à l'avenir. (loi 65, § 16, D., *Pro socio*). Supposons, au contraire, le mariage dissous avant la société, par le prédécès de la femme. Dans cette hypothèse il faut distinguer suivant le caractère de la dot : s'agit-il d'une dot profectice ou réceptice, le mari, étant tenu de la rendre à celui qui l'a constituée, pourra prendre dans l'actif de la communauté les biens dotaux, afin d'en effectuer la restitution. Cette restitution, avant Justinien, doit se faire

immédiatement pour les corps certains, et par tiers, d'année en année, pour les quantités. « *Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annuâ, binâ, trimâ die redditur.* » Ulp., *Reg.*, tit. 6, *De dot*). Sous Justinien, le mari doit restituer les immeubles sans délai, et les meubles au bout d'un an (loi 1, § 7. *Cod. de Rei ux. act.*, lib. V, t. XIII).

Si la dot est adventice, et que le constituant n'a pas stipulé la restitution, le mari peut la conserver. Dans ce cas, la société profitera de la dot, de manière que lors de la dissolution, elle sera partagée, comme tous les autres biens, entre les différents associés (loi 66, D., *Pro socio*). Il en est de même de toutes les retenues que le mari a le droit d'exercer (Ulp., *Reg.*, t. VI, § 9 et s.).

Il nous reste à examiner, pour finir avec l'actif, comment se faisait la communication des apports de chacun des associés.

Nous savons que, chez les Romains, le simple consentement des parties ne suffit point à transférer la propriété; il faut pour cela qu'un signe extérieur, la tradition, ou un autre mode spécial de translation de la propriété intervienne : « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* » (loi 20, Code, lib. II, t. III). Une règle toute différente paraît s'appliquer à la société de tous biens. Paul l'indique en ces termes : « *In societate omnium bonorum, omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur* » (loi 1, § 1, D., *Pro socio*). Il résulte de ce texte que, dès l'instant où il y a accord de volontés entre les parties, pour former société de tous biens, par le seul consentement et sans qu'il soit besoin d'aucune formalité, la propriété des différents apports est mise en commun, de sorte que

les biens de chacun des associés deviennent indivis entre tous.

Faut-il voir dans cette disposition une véritable dérogation aux principes du droit commun? Oui, nous dit-on, dans une opinion, et cette exception se justifie par les motifs suivants : Il serait à craindre que, par dol ou par négligence, quelqu'un des contractants ne comprît pas tous ses biens dans la tradition ⁽¹⁾; de plus, il faudrait, en raison de la multiplicité des objets qui entrent en société et du nombre des associés, une série de traditions interminables. La règle de la loi 1, § 1, D., de notre titre empêche la fraude, voire même le simple oubli, tout en simplifiant les apports entre associés.

Des auteurs considérables ne partagent pas cette manière de voir. D'après eux, il n'y a, dans notre matière, aucune dérogation au droit commun. Le transfert de propriété des choses corporelles peut résulter non-seulement de la remise matérielle de ces choses, mais aussi d'une manifestation de la volonté conforme, appelée constitut possessoire. Or, dans la société de tous biens, la volonté des parties résulte implicitement du contrat. Point n'est besoin d'une déclaration expresse. Du moment où la société se conclut, chaque associé cesse de posséder pour lui exclusivement et commence à posséder pour la société. Il faut voir ici simplement un constitut possessoire tacite. C'est une idée erronée de croire, disent-ils, que dans notre cas la propriété se transfère par le seul effet de la convention ⁽²⁾. C'est aussi probablement la pensée de Gaius, lorsque, à la suite de la loi 1, § 1, de

(1) Demangeat, *Cours élém. de droit romain*, tome II, p. 325.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, 4^e édit., tome II, p. 294 et 295.

notre titre, il nous donne l'explication suivante : « *Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* » (loi 2, D., *Pro socio*).

Tout ce que nous venons de dire ne s'appliquait qu'aux biens corporels qui existent dans les patrimoines respectifs des associés, au moment où la société se forme. En ce qui concerne les droits de créance, nous ne trouvons rien de semblable. Les Romains voyaient dans le droit de créance une relation toute personnelle et ils avaient quelque peine à comprendre qu'un créancier pût céder son droit à un tiers. Ils étaient cependant arrivés à un résultat équivalent de la cession par des moyens détournés, la novation par changement de créancier et la *procuratio in rem suam*. Ces mêmes principes s'appliquent dans la société de tous biens. « *Ea vero, dit Paul, quæ in nominibus erunt, manent in suo statu sed actiones invicem præstare debent* (loi 3 pr., *Pro socio*). Ainsi, les associés resteront créanciers, mais ils devront se communiquer réciproquement l'émolument de leurs créances. On appliquait la même règle aux créances acquises au cours de la société.

Quant aux biens corporels qui adviennent à l'un des associés depuis la formation du contrat, celui-ci doit en transférer la propriété pour partie indivise à chacun de ses associés, conformément au droit commun. S'il se trouve un associé récalcitrant, il pourra y être forcé par l'action *pro socio*. En effet, la loi 74, D., de n. t. nous dit : « *Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune : sed societatis iudicio cogitur rem communicare.* » Il en est de même des acquisitions à titre gratuit (loi 73, D., *Pro socio*,) et des acquisitions faites avec l'argent de la société. C'est là une application

générale du principe : « *Nihil per extraneam personam adquiri potest.* »

2° *Passif*. La société *omnium bonorum* absorbant tous les biens des associés, nous devons naturellement conclure qu'elle supporte toutes leurs dettes, présentes et futures. C'est là une conséquence du principe : « *Bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno* » (loi 39, § 1, *De verb. sign.*, D., 50, 16). La loi 27, D., *Pro socio*, ne fait qu'appliquer le droit commun, quand elle nous dit que les dettes futures seront à la charge de la société : « *Omne aes alienum quod manente societate contractum est, de communi solvendum est.* » On a argumenté par *a contrario* de cette loi, pour soutenir que la société n'était point tenue d'acquitter les dettes antérieures à sa formation. Cette opinion ne supporte pas l'examen. Il suffit, pour l'écarter, de faire remarquer, avec M. Mayns, que les mots *manente societate* forment opposition, non pas avec ce qui s'est passé avant la formation de la société, mais avec ce qui se fait après la dissolution (1). Dans la loi 27, Paul a eu en vue les dettes conditionnelles contractées par un associé pendant la société, dont la condition n'est pas réalisée au moment de la dissolution. L'associé qui a fait l'affaire, ne devant pas rester seul chargé du paiement de la dette, pourra demander des cautions à ses coassociés, pour se faire rembourser si la condition vient à se réaliser.

La société de tous biens profitant de tous les bénéfices faits par les associés, elle doit également en supporter les charges, telles que la nourriture, l'entretien des associés, l'éducation des enfants; de même, Ulpien

(1) Mayns, *Cours de droit rom.*, 4^e édit., p. 295, note 10.

nous dit, que les dépenses faites pour faire parvenir aux honneurs ou dignités les enfants de l'un des associés, doivent être supportées en commun (loi 73, § 1, *Pro socio*). Enfin, la société est tenue de fournir une dot aux filles des associés indépendamment de toute clause du contrat social sur ce point. Dans la loi 81, *Pro socio*, Papinien, il est vrai, suppose une convention, mais cela vient de ce qu'il se place à un point de vue général; il s'occupe des conséquences de la constitution de dot dans toutes les sociétés et non pas seulement dans la société de tous biens; or, une convention de cette nature, inutile dans cette dernière, parce qu'elle y est tacitement comprise, est indispensable dans les sociétés particulières.

Papinien fut consulté sur l'hypothèse suivante : Un associé a promis une dot à sa fille et il meurt sans l'avoir payée, en laissant cette même fille pour héritière. Quelque temps après le mariage est dissous par le divorce. La fille intente contre le mari l'action *rei uxoriæ* et obtient une *acceptilatio*. Elle se trouve ainsi déchargée de l'obligation de payer la dot. La question est de savoir si, en vue d'un deuxième mariage, elle pourra agir par l'action *pro socio*, contre les anciens associés de son père, afin d'obtenir le prélèvement de la dot qui lui avait été promise. Cette question est résolue négativement par Papinien : « *Non posse imputari societati non solutam pecuniam.* » Pothier ⁽¹⁾ cherche à justifier cette solution : « La dot, dit-il, n'existe pas par une simple promesse, mais seulement par le paiement qui en a été fait; ce paiement n'ayant pas eu lieu, il n'existe point de dot payée par la société que la femme puisse retirer par

(1) Pothier, *Pand.*, § 17, *H. tit.* (note 7).

préciput. » Les choses doivent donc se passer comme si la société se fût dissoute avant que le père eût constitué la dot.

Dans la même loi 81, *Pro socio*, et avant d'arriver à la solution que nous avons indiqué plus haut, Papien examine plusieurs autres hypothèses :

Le père a constitué et payé une dot à sa fille. Plusieurs cas sont possibles : le mariage est dissous par le prédécès de la fille : le père reprend la dot ⁽¹⁾ et doit en rendre le montant à la société. Le mariage est dissous par le divorce : le père reprend encore la dot, par l'action *rei uxoriæ adjuncta filia persona* (Ulp., *Reg.*, 6, 6). Dans ce cas, de même que dans le précédent, le père est tenu de restituer la dot à l'actif social, mais il la restitue *cum sua causa*, c'est-à-dire que la fille aura le droit de la réclamer si elle se remarie.

Si le mari n'avait rendu qu'une partie seulement de la dot, la société ne serait pas tenue de la reconstituer, à moins que cela n'eût été prévu dans la convention. Enfin, un dernier cas, le mariage est dissous par le divorce, mais après la mort du père. La fille reprend sa dot, en exerçant l'action *rei uxoriæ*, en vertu d'un droit qui lui est propre. Elle n'aura donc rien à restituer aux anciens associés de son père.

D'après la loi 59, § 1, *Pro socio*, la société universelle n'est pas tenue de payer les sommes perdues au jeu ou dissipées dans la débauche par un des associés. Nous pouvons dire, d'une manière générale, qu'elle n'est point tenue de supporter les condamnations prononcées contre l'un des associés à l'occasion de ses délits. Toutefois, il

(1) Il s'agit d'une dot profectice.

faut en excepter le cas où un associé a été condamné injustement (loi 52, § 18, *Pro socio*).

Nous avons vu plus haut que si les bénéfices illicites ont été versés dans la caisse commune, l'associé, auteur du délit, ne peut les reprendre qu'en cas de condamnation (loi 54, *Pro socio*). Il y a plus, l'associé condamné pourrait même prendre, dans la société, le montant de la condamnation pénale si les autres associés ont eu connaissance du délit; ils sont alors punis comme complices (loi 55, *Pro socio*); et il importe peu, en ce cas, que sa condamnation soit arrivée durant la société ou après la dissolution (loi 56, *Pro socio*).

SECTION II.

De la société universorum quæ ex quæstu veniunt.

La société d'acquêts, comme les autres sociétés, peut être contractée d'une manière expresse par les associés. De plus, elle forme chez les Romains le droit commun, c'est-à-dire que, lorsque les parties n'ont pas indiqué l'espèce, on présume que leur intention était de former une société de tous gains (loi 7, D., *Pro socio*). La société *omnium bonorum* avait des effets trop considérables pour qu'elle puisse être présumée; ceux qui voulaient contracter une pareille association devaient manifester leur volonté par une clause formelle (loi 3, § 1, *Pro socio*).

Actif. Les contractants, dans cette société, s'obligent à mettre en commun tous leurs gains, *quæstus* ⁽¹⁾. Les apports consistent dans tout ce que les associés acquièrent à titre onéreux depuis la formation du contrat, ex. : par vente, louage, etc. (loi 7, *Pro socio*), en un mot, dans le bénéfice résultant de leur travail et de leur industrie : « *Quæstus enim intelligitur, qui ex operâ cujusque descendit* » (loi 8, *Pro socio*). La société de tous gains profite *de tous les fruits*, même de ceux qui ne sont pas acquis aux associés par leur travail. La solde militaire est comprise dans les *quæstus* (loi 52, § 8, *Pro socio*).

Les associés restent propriétaires de tous les biens qu'ils avaient avant la formation du contrat. De même, ne tombent pas dans la société les biens qu'ils acquièrent à titre gratuit par succession, legs, donation entre-vifs ou à cause de mort (lois 9, 10, 11, D., *Pro socio*; loi 45, § 2, D., XXIX, t. II). Ces acquisitions proviennent, comme dit Ulpien : « *Non sine causa, sed ob aliquod meritum* » (loi 9, *Pro socio*), c'est-à-dire pour une cause inhérente à la personne de l'associé légataire ou donataire. D'ailleurs, il ne dépend pas de lui de les obtenir, promettre de s'en procurer, c'est faire une promesse malhonnête.

Quant aux gains illicites, nous appliquerons ici, ce que nous avons dit à cet égard en étudiant la société de tous biens.

Passif. Pour la composition du passif la règle est bien

(1) Les mots *quæstus*, *lucrum*, *compendium* sont synonymes (lois 13 et 71, § 1, *Pro socio*). Les parties peuvent l'employer dans le contrat indifféremment pour désigner la société de tous gains.

simple : la société est tenue des dettes contractées pour son compte, elle supporte, nous dit la loi 12, *Pro socio* : « *æs alienum quod ex quæstu pendet.* » Les frais d'entretien des associés et de leurs familles incombent aussi à la société; en effet, ces frais sont pris habituellement sur les gains, et dans notre société c'est la masse commune qui acquiert tous les profits.

Toutes les autres dettes, celles existant lors du contrat, comme celles dont se trouvent chargés les successions, legs ou donations échus à un associé, restent étrangères à la société.

SECTION III.

De la société *unius rei*.

Les sociétés *unius rei* et *alicujus negotiationis* sont des sociétés particulières. Elles se distinguent des sociétés universelles par le caractère des apports qui sont limités aux valeurs déterminées par la convention des parties.

La société *unius rei* est celle en vertu de laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun une ou plusieurs choses limitativement désignées, pour les exploiter et partager les bénéfices. Tous les autres biens des associés sont exclus de l'association.

L'actif se compose, par conséquent, des apports indiqués par le contrat et de gains provenant de la gestion sociale. Quant au passif, il comprend les engagements relatifs à la chose mise en commun.

Le titre *Pro socio* nous fournit plusieurs exemples de

cette espèce de société : deux personnes qui s'unissent pour former un quadrigé, afin de vendre le tout à un prix supérieur à celui qu'elles obtiendraient par la vente séparée de leurs chevaux (loi 58 pr., *Pro socio*); deux frères qui conviennent de mettre en commun l'hérédité paternelle (loi 52, § 6, *Pro socio*); des personnes qui achètent un champ pour en retirer ensemble les fruits (loi 2, Code IV, 37); celle enfin dans laquelle les parties conviennent de faire entrer toute *justa hereditas* qui serait acquise à l'une d'elles.

A propos de cette dernière société, Paul, dans la loi 3, § 2, *Pro socio*, examine la question de savoir ce qu'il faut entendre, au juste, par *hereditas justa*. Et il nous dit qu'il ne faut entendre par hérédité légitime que celle qui est déférée par la loi (*ab intestat*).

SECTION IV.

De la société *alicujus negotiationis*.

Cette société a lieu entre deux ou plusieurs personnes qui s'associent dans le but d'exploiter une entreprise quelconque ou de faire une série d'opérations déterminées. Exemples : deux grammairiens qui se réunissent pour fonder une école; des marchands qui s'entendent pour faire le commerce des esclaves ou bien pour vendre et acheter de l'huile, du vin, etc. (*Inst.*, lib. III, t. xxv pr. et Gaius, Com. III, § 148); des *argentarii* qui s'associent pour faire des opérations de banque (loi 52, § 5, *Pro socio*). Cette dernière société était très-fréquente à

Rome. Les banquiers réunissant ainsi leurs capitaux obtenaient des gains considérables et un crédit imposant ⁽¹⁾.

L'actif comprend, comme dans la société *unius rei*, les apports convenus et les gains provenant des opérations communes. Les bénéfices que l'un des associés fait dans une opération distincte lui restent propres (loi 52, § 5, *Pro socio*).

Le passif se compose des pertes qui résultent des opérations de la société. En dehors de cette sphère, les pertes restent personnelles à chaque associé (loi 52, § 4, *Pro socio*).

SECTION V.

De la société *rectigalium*.

Cette société, qui n'est qu'une variété de la société *negotiationis alicujus*, avait pour but la ferme des impôts. Tout en étant soumise aux mêmes règles relativement aux apports des associés et à la composition de l'actif et du passif, la société *rectigalium* était régie aussi par d'autres règles spéciales et avait un caractère absolument distinct des autres sociétés que nous avons étudiées. C'est ainsi que ces sociétés constituaient des personnes morales (Gaius, l. 1 pr., D., l. III, t. iv) et avaient comme telles, des droits, des obligations, etc. Nous examinerons, chemin faisant, les règles particu-

(1) M. Troplong, *Du contrat de société*, préf., p. 17.

lières qui s'appliquaient à ces sociétés; ici, nous ne dirons que quelques mots sur leur organisation.

A Rome, les impôts étaient affermés par l'État à des particuliers, qu'on appelait *publicani*, à charge par eux de verser une somme fixe au Trésor. Les censeurs étaient chargés de présider aux enchères publiques qui, d'abord chaque 5 ans (l. 3, § 6, D., *De jure fisci*, XLIX, 14), puis chaque 3 ans (l. 3, § 6, *De vestig.*, t. LXI, IV. Cons. de Const.) avaient lieu à Rome au Forum (Cic., *Agrar. contra Rullum*, I, 3. II, 21).

Les fermiers — *publicani* — appartenaient presque toujours à l'ordre puissant des chevaliers, dont les richesses étaient considérables. Il arrivait souvent qu'on adjugeait en bloc tous les impôts d'une province et un seul chevalier n'était ni assez riche, ni assez imprudent pour se porter seul adjudicataire. Aussi, les chevaliers formaient entre eux des sociétés, tant pour se procurer les capitaux nécessaires à une si vaste entreprise que pour réunir un certain nombre de personnes qui se répartissaient entre elles le travail d'administration et de surveillance.

L'État, qui avait besoin de ces sociétés, s'empressa de les favoriser. Mais il s'est réservé le droit d'autoriser leur formation.

L'organisation intérieure de ces sociétés était considérable. Outre l'*adjudicataire*, le *manceps*, qui était directement obligé envers l'État, et les fidéjusseurs, *prædes*, qui cautionnaient l'engagement du *manceps*, il y avait, — à Rome, — le *magister*, sorte de directeur général de la société. C'est lui qui représentait le *corpus*, il avait le droit de lier la société par les contrats et les actes qu'il passait avec les tiers (l. 14, D., *De pactis*), il convoquait les associés pour délibérer sur les

affaires importantes, etc. Dans les provinces, l'association était représentée par les *promagistri*. Enfin, au-dessous, se trouvaient les agents subalternes, esclaves ou hommes libres salariés (1).



APPENDICE.

Avant d'aborder l'examen des effets de la société, nous croyons qu'il est nécessaire de dire quelques mots sur la personnalité des sociétés. Nous avons indiqué déjà que la société *vectigalium* constituait une personne morale, ayant ses biens, ses créanciers et ses dettes. Il en est de même des sociétés *aurifodinarum*, *argentifodinarum*, *salinarum*, etc.

Faut-il dire d'une manière générale, que le caractère de personne morale appartient à toute société, c'est-à-dire même aux sociétés (civiles) ordinaires?

Voilà ce que nous nous proposons d'étudier sommairement dans cet appendice.

L'intérêt qui s'attache à la solution de cette question est considérable.

Quand la société constitue une personne morale, elle est propriétaire de tous les biens qu'elle peut avoir; dans le cas contraire, les biens appartiendront par indivis aux associés. Il en résulte que, en ce qui concerne

(1) V. Troplong, *Contrat de société*, préf., pag. 27 à 29.

les dettes, dans une société, personne morale, les créanciers sociaux doivent être payés sur l'actif social, par préférence aux créanciers personnels des associés; ils viendraient au contraire en concurrence avec ceux-ci, si le caractère de personne morale n'était pas reconnu à la société.

La société, personne morale, peut avoir des créances. Le débiteur est tenu directement envers la société, mais non envers les associés. Et s'il arrive que l'un des associés soit personnellement tenu envers le débiteur de la société, ce dernier ne pourra pas opposer la compensation à l'associé, pour la somme qu'il doit à la société. Réciproquement, l'un des associés ne pourra pas opposer à ses créanciers personnels en compensation ce que ceux-ci doivent à la société (loi 7, § 1, D., lib. III, t. iv). Il en serait différemment si la société n'avait pas le caractère de personne morale; les compensations pourront être invoquées tout au moins pour la part de chaque associé dans la créance ou dans la dette.

Nous croyons, avec le plus grand nombre des auteurs, que les sociétés ordinaires ne formaient pas un être moral distinct et capable d'avoir des droits indépendamment des membres qui la composaient.

Les Romains appliquent aux sociétés la règle, d'après laquelle aucune personne morale n'existe sans une autorisation spéciale de l'État. « La nécessité du consentement de l'État pour la formation d'une personne juridique, dit M. de Savigny ⁽¹⁾, trouve sa source dans la nature même du droit; quand la capacité naturelle de l'homme est étendue fictivement à un être idéal, l'apparition cor-

(1) *Histoire du droit romain*, t. II.

porelle manque; et la volonté de l'autorité peut seule y suppléer, en créant des sujets artificiels de droit. »

Gaius est formel en ce sens, il nous dit : « *Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur : nam et legibus et senatus-consulti, et principalibus constitutionibus ea res coercetur : paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora : ut ecce, vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere : vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, et salinarum, etc.* ⁽¹⁾. » Il résulte clairement de ce texte, qu'en principe, les sociétés ne constituaient pas de personnes morales. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'on reconnaît ce caractère à certaines sociétés qui concernent des intérêts publics de premier ordre ⁽²⁾. C'est cette classe exceptionnelle de sociétés que Pomponius oppose aux sociétés ordinaires qu'il désigne par le nom de *societates privatæ* (l. 59 pr., *Pro socio*). D'autres textes, au Digeste, confirment notre opinion. Ulpien nous dit : « *Nemo contrahendo societatem rei suæ dominus esse desinit* (loi 13, § 1, D., lib. XIX, tit. v, *Præscript. verbis*). » Les associés sont considérés comme copropriétaires du fonds commun, idée qui est tout à fait contraire à celle de la personnalité de la société. La même idée se trouve indiquée dans la loi 68 pr., *Pro socio* : « *Nemo ex sociis plus sua parte potest alienare, etsi totorum honorum socii sint.* »

Des auteurs considérables, entre autres M. Troplong ⁽³⁾, ont soutenu l'opinion contraire. Les arguments de textes

(1) L. 1 pr., D., lib. III, t. iv, *Quod cujuscumque univ.*

(2) M. Accarias, t. II, p. 496, *Précis de droit romain*.

(3) *Du contrat de société*, t I, p. 77 et s.

invoqués en faveur de la personnalité des sociétés sont les suivants :

1^o Loi 22, de *Fidej.*, D., lib. XLVI, t. 1 : « *Mortuo reo promittendi et ante aditam hæreditatem fidejussor accipi potest, quia hæreditas personæ vice fungitur, sicuti municipium, et decuria et societas.* » Florentinus, dans ce texte, nous dit M. Troplong, veut assigner le rôle de la succession qui n'est pas encore appréhendée et il prend comme point de comparaison des personnes morales, devant lesquelles s'effacent les individus, telles que, un municipe, une décurie, une société. Et il ajoute : « De même qu'un municipe absorbe dans son être abstrait les individus dont il se compose, de même une société est, dans ses rapports intérieurs et extérieurs, une personne morale qui éclipse les associés qui la forment; les associés ne sont pas plus à considérer que l'héritier n'est à rechercher pour savoir si une hérédité jacente peut remplir une fonction juridique. » Il suffit, pour écarter ce raisonnement, de faire remarquer que la loi 22 de *Fidej.*, n'a nullement pour but d'examiner quelles sont les personnes morales. Du texte de Florentinus il résulte simplement qu'une société peut, comme les municipes et les décuries, constituer une personne morale, auquel cas, si elle est débitrice, un tiers pourra se porter caution pour elle. Voilà tout. Quant à la question de savoir quelles sont les sociétés, personnes morales, il faut s'en rapporter à la distinction que fait Gaius dans la loi *neque societas*, citée plus haut. Partant de là, nous sommes autorisés à conclure que le jurisconsulte Florentinus n'entend parler que de la catégorie de sociétés qui peut être assimilée aux municipes et aux décuries, c'est-à-dire des sociétés vectigaliennes, etc,

2° La loi 3, § 4, *De bonor. poss.*, lib. XXXVII, tit. 1, « *A municipibus et societatibus, et decuriis et corporibus, et bonorum possessio acquiri potest.* » — Ulpien met les sociétés sur la même ligne que les municipes, les décuries, etc.; donc, nous dit-on, elles sont à ses yeux des corps moraux.

Nous ferons ici la même remarque que précédemment. Il ne s'agit, dans le texte d'Ulpien, que des sociétés qui constituent des personnes morales. Cujas, dans son commentaire de cette loi, se prononce en ce sens : « *Ostenditur in hoc paragrapho a municipibus acquiri posse bonorum possessionem; itaque non tantum a singulis sed etiam a municipiis, civitatibus et a societatibus, quæ species est universitatis ut a societatibus publicarum.* »

3° La loi 65, § 14, *Pro socio*, lib. XVII, t. II : « *Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit et alicujus sociorum quid absit, cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit : qua deducta, de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt.* » Là-dessus, M. Troplong nous dit : « Dans cette espèce, le jurisconsulte considère la société comme un être de raison distinct des associés, il la personnifie dans la caisse commune, tour à tour créancière ou débitrice. Un associé a souffert un dommage qui lui donne droit à une réparation de la part de la société; s'il est vrai qu'il faille considérer les associés plutôt que la société, cet associé devra s'adresser à chacun de ses coassociés individuellement, pour se faire indemniser par eux suivant leur part et portion. » Or, Paul décide le contraire, il déclare qu'on agira contre celui qui a la caisse, c'est-à-dire contre la caisse commune. Il faudrait donc en conclure que la caisse personnifie la société, A

cela, nous répondons que cette conclusion est forcée et inutile. Les règles du mandat nous suffisent grandement pour expliquer la décision donnée par Paul. Un associé est chargé de gérer les affaires sociales; c'est lui qui doit naturellement recevoir l'argent commun et payer pour les autres. En conséquence, l'associé qui a fait quelques dépenses ou éprouvé quelques pertes à cause des affaires sociales, devra s'adresser à lui comme étant le mandataire de ses associés.

4° Enfin, l'argument qu'on a tiré de ce que l'action *pro socio* est personnelle; car, a-t-on dit, si les associés étaient copropriétaires de choses de la société, l'action *pro socio*, ayant pour but le partage, serait réelle; et si elle est personnelle, c'est que le fonds social appartient à la société. La réponse à faire est facile. L'action *Pro socio* ne s'occupe nullement du partage, mais elle a pour objet l'accomplissement des obligations des associés. Les associés auront recours à l'action *communi dividundo* lorsqu'ils voudront faire le partage.

Nous voyons que les arguments, sur lesquels s'appuient les partisans de la personnalité des sociétés ordinaires, ne sont pas bien concluants. Les principes exposés par les jurisconsultes et les textes nous imposent la solution contraire. Ainsi, les sociétés, en principe, ne constituaient pas des personnes morales; ce n'est qu'exceptionnellement qu'on reconnaît ce caractère à certaines sociétés, telles que, les sociétés *vectigalium*, *aurifodinarum*, etc. Nous aurons l'occasion, en étudiant les effets de la société, de faire application de ce que nous avons avancé.

CHAPITRE III.

Des effets de la société.

SECTION I.

Rapports des associés entre eux.

§ 1. *Des obligations des associés.*

1° Chaque associé est tenu de réaliser son apport. L'apport des choses corporelles s'effectue par la tradition ou par la mancipation des choses; l'apport des créances par cession ou par délégation, celui de l'industrie par l'exécution des travaux promis et dus. Nous parlons ici d'une manière générale, car nous avons vu plus haut que, lorsqu'il s'agit d'une *societas omnium bonorum*, les choses corporelles dont les associés sont propriétaires au moment du contrat deviennent communes par l'effet d'une tradition tacite.

L'associé est tenu, de plus, de garantir son apport. Il importe beaucoup de distinguer, pour déterminer l'étendue de cette obligation, si c'est la propriété ou seulement la jouissance des choses apportées que les associés ont entendu mettre en commun. A-t-on mis en commun

la propriété même, on applique alors, en ce qui concerne la garantie, les règles de la vente; l'associé est, dans ses rapports avec la société, dans une situation analogue à celle du vendeur avec l'acheteur. L'associé dont la mise est revendiquée par un tiers perd ses droits dans la société. « La société, dit M. Molitor⁽¹⁾, peut retenir ou réclamer tous les bénéfices qui seraient échus, de même que l'acheteur peut réclamer le prix; elle peut en outre réclamer des dommages-intérêts s'il y a lieu. Mais, ces dispositions nous paraissent susceptibles d'être modifiées par l'équité, notamment si l'associé a été de bonne foi et si la société a déjà duré quelque temps, le juge pourrait dans ce cas, sans priver l'associé de son droit, ne le condamner qu'aux dommages-intérêts. Il en serait de même si l'éviction n'était que partielle. » C'est également l'opinion de M. Maynz⁽²⁾: « Cependant, comme, dans la société le but de l'apport est bien moins de faire avoir la chose apportée que de la faire servir au but social, nous pensons qu'il faudra permettre à l'associé dont l'apport aura été évincé de le remplacer, sauf à répondre du dommage que la société a pu éprouver par l'éviction. »

Quant à la garantie des vices cachés, les principes généraux s'y appliquent (Arg., l. 1, § 2, D., 21, t. 1, *De redilicio edicto*). « Cependant, il est hors de doute, dit M. Maynz (*loc. cit.*), que les actions édilitiennes, spécialement créées pour la vente, ne sont point admissibles dans notre matière. » — La société n'a point à se plaindre si le vice n'empêche point l'usage auquel la chose doit servir; dans le cas contraire, on pourra obtenir, par

(1) M. Molitor, *Oblig. d'apr. le droit romain*, t. II, n° 652.

(2) M. Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, § 226, n° 3, p. 275.

l'action *pro socio* ; des dommages-intérêts, qui varieront suivant la bonne ou la mauvaise foi de l'associé. Si les vices étaient tels qu'ils rendissent impossible la réalisation du but social, alors il faudra admettre la dissolution de la société.

Si l'apport consiste en jouissance, il y a lieu d'appliquer les règles du louage. L'associé est obligé de garantir à la société la jouissance de l'apport promis (loi 9 pr., lib. XIX, t. II) ; il est responsable, de même que le locateur, des vices et défauts cachés. S'il avait connaissance de ces vices, il pourrait être condamné à des dommages et intérêts (loi 19, § 1, D., lib. XIX, t. II) ; mais s'il n'y a aucune faute de sa part, il y aurait lieu de réduire l'association à son égard proportionnellement aux prestations qu'il aurait accomplies (loi 30, pr., D., lib. XIX, t. II). L'apport étant, dans notre cas, successif, si l'associé se trouve empêché de le réaliser, ou s'il y a éviction complète, la société ne peut subsister.

Tout ce que nous venons de dire, au point de vue de la garantie ne s'applique point aux sociétés universelles. « En effet, dit M. Accarias, quand plusieurs personnes ont mis en commun la propriété ou la jouissance de tous leurs biens, l'éviction qui survient ou les vices qu'on découvre n'ont qu'un seul résultat : c'est de prouver que le droit de la société portait sur moins des choses ou sur des choses de moins de valeur qu'on ne l'avait cru ⁽¹⁾. »

Il nous reste à examiner, sur la réalisation des mises, la question importante de savoir : aux risques de qui sera l'apport, s'il vient à périr par cas fortuit ? Nous devons faire plusieurs distinctions.

(1) M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 503.

L'apport consiste en un corps certain; l'associé a promis la propriété. Les risques sont pour la société, avant la *mora*, en ce sens, que si le corps certain vient à périr par cas fortuit, la société continue et l'associé conserve son droit à la participation de bénéfices. Cela est vrai dans une société pure et simple. Il en est autrement si la société est conditionnelle. Si la chose, que l'un des associés s'est obligé à apporter en propriété, vient à périr, il faut dire que l'obligation de cet associé ne pouvant prendre naissance faute d'objet, celle de ses co-associés ne pourra prendre naissance non plus faute de cause.

Nous ne faisons, ici, qu'appliquer simplement les règles de la vente, car, comme nous l'avons dit, en parlant de la garantie, l'associé, qui s'est obligé à apporter la propriété, se trouve dans une situation analogue à celle d'un vendeur vis-à-vis de ses acheteurs. Du reste, Ulpien, dans la loi 58 pr., *Pro socio*, confirme ce que nous avons avancé, par les exemples qu'il donne : « *Cum res equos haberes, et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo, quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes : si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam societatem.* » Il s'agit, dans l'espèce, d'une société formée sous la condition que les quatre chevaux seraient vendus ensemble, pour retirer évidemment un prix supérieur à celui qu'aurait pu produire la vente séparée de chaque cheval. Si l'un des chevaux meurt avant la vente, la condition venant à défaillir, la société cesse d'exister et l'associé propriétaire du cheval qui a péri ne pourra rien

réclamer. Mais, si l'objet de la société avait été la mise en commun des quatre chevaux pour en former un quadrigé, la société ne serait pas éteinte par la mort du cheval, et au cas de vente des trois chevaux survivants le prix devrait être partagé : « *Cæterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.* »

L'associé a promis la jouissance d'un corps certain. Ce sont les règles du louage qu'il faut appliquer. L'apport étant successif, il n'est complètement réalisé qu'au moment de la dissolution. Si le corps certain promis vient à périr, la société est éteinte, et l'associé ne pouvant plus réaliser son apport, il cesse d'avoir droit aux bénéfices. (Arg., loi 33, D., lib. XIX, t. II).

L'associé a promis son industrie; l'apport étant successif, il est soumis aux mêmes règles que l'apport en jouissance.

L'apport consiste en sommes d'argent ou en quantités. Les risques seront, en cas de perte par cas fortuit, pour l'associé débiteur, tant que la somme promise n'aura pas été mise en commun, car *genera non pereunt*. Si l'apport est effectué, les risques seront pour la société (loi 58, § 1, *Pro socio*).

Nous avons vu qu'il est très important de distinguer, tant au point de vue de la garantie qu'au point de vue des risques, si les choses ont été apportées en propriété ou simplement en jouissance. Le plus souvent, l'intention des parties à ce sujet, résultera du contrat. Mais, que faudra-t-il décider dans le silence de la convention? La question n'est résolue dans aucun texte; aussi les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point. Les uns soutien-

ment qu'il faut présumer l'apport en pleine propriété; cela, nous dit-on, est conforme à l'esprit de la loi, la société ayant un caractère d'union et de confraternité très prononcé. D'autres ⁽¹⁾ nous disent qu'il faut supposer seulement la jouissance, car c'est plus conforme aux principes d'interprétation, qui tendent à restreindre plutôt qu'à étendre les obligations des contractants. Enfin, dans un troisième système ⁽²⁾, qui est adopté par M. Maynz, on fait une distinction : « Il faut présumer l'apport de la propriété, en ce qui concerne les choses fongibles et celles dont l'usage n'est pas possible sans consommation; tandis que la présomption contraire doit être admise à l'égard des immeubles, des instruments de travail et d'autres objets qui peuvent faire atteindre le but de la société, sans qu'une communication de propriété soit nécessaire ⁽³⁾. » Ce dernier système nous paraît être le plus acceptable (Arg. loi 58, § 1, *Pro socio*).

2° Dans le silence de la convention, chaque associé a le droit et l'obligation de gérer les affaires communes : ceci résulte de la nature même du contrat. Les associés ayant des droits égaux, ils ont tous, au même titre, qualité pour administrer les affaires sociales. Mais, les parties peuvent, dans tous les cas, organiser comme elles l'entendent, par le pacte social, l'administration de la société. Ainsi, les associés peuvent convenir qu'un ou plusieurs d'entre eux auraient la direction des affaires; l'administration appartient, en ce cas, à eux seuls, et les autres associés n'ont plus le droit d'intervenir que dans

(1) Glück, *Pandectes*.

(2) Grotius, *De jure belli ac pacis*, II, cap. XII.

(3) M. Maynz, *Cours de droit romain*, tome II, § 226, p. 275 et 276.

les limites de la gestion d'affaires. De même, les associés peuvent diviser l'administration et confier à quelques-uns une série d'opérations et à d'autres une autre série; c'est dans la convention qu'il faut alors chercher quelle est l'étendue des droits et des obligations des associés.

La direction de la société étant confiée à un ou plusieurs membres, ceux-ci reçoivent un véritable mandat, et les règles du mandat s'y appliquent, avec la différence que la responsabilité des administrateurs est engagée d'après les règles de la société et non d'après celles du mandat. Le mandat peut être révocable ou irrévocable suivant la volonté des parties; il est présumé irrévocable ⁽¹⁾ lorsqu'il a été conféré par le contrat même; au contraire, il y a mandat ordinaire, révocable au gré du mandant, lorsqu'il a été donné postérieurement.

3° Chaque associé doit s'abstenir de faire sans le consentement des autres aucune innovation sur la chose commune. La destination des choses sociales doit être respectée, et il n'appartient qu'à l'unanimité des associés d'y introduire des modifications; l'opposition d'un seul suffit pour empêcher toute innovation, Sabinus dit : « *In re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse,* » et Papinien, commentant cette maxime, émet la même doctrine : « *In re enim par potiore causam prohibentis esse constat* » (loi 28, D., lib. X, t. III). On empiète bien moins, nous dit Marcellus, sur le droit de l'un en l'empêchant d'agir, qu'on empièterait en faisant ce qu'il ne veut pas (loi 11. *Si serv. vindic.*).

(1) Remarquons qu'il n'est jamais entièrement irrévocable, car il dépend de la volonté des autres associés de faire cesser le mandat, en provoquant la dissolution de la société.

Mais il peut se faire qu'une innovation soit réalisée; le coassocié a-t-il le droit, en ce cas, de faire rétablir les choses dans l'état primitif? Il faut distinguer : si l'innovation avait été accomplie pendant l'absence d'un associé, celui-ci pourrait en exiger la suppression, sans préjudice d'une condamnation en dommages et intérêts s'il y avait lieu; il n'aura que la faculté de se faire indemniser du préjudice qu'il a souffert, si, connaissant l'innovation, il a négligé de former opposition; enfin, il n'aura droit à aucune réparation s'il avait consenti à l'opération (loi 28, *Com. divid.*).

Par application de ce principe, un associé ne peut pas enterrer un mort dans un terrain commun et le rendre ainsi un *locus religiosus*. Si l'inhumation a eu lieu, des jurisconsultes accordent aux coassociés le droit de le contraindre à enlever le cadavre et cela par l'action *pro socio* ou l'action *communi dividundo* (loi 39, *Pro socio*, et loi 2, § 1, *De religios. et sumpt.*) (1). Frebatius et Labéon pensent que, bien que le terrain ne soit pas religieux, car il fallait pour cela le consentement de tous les associés, il faut cependant le traiter comme tel, et ils accordent une action *in factum* (loi 6, § 6, *Com. divid.*); mais leur système ne fut pas adopté, comme le prouvent les lois citées plus haut.

4° Tout associé est tenu de mettre en commun les bénéfices qu'il a réalisés *ex societate*. Ainsi, les choses acquises

(1) Une disposition de la loi 43, *De religios.*, contredit pleinement le principe de la loi 39, *Pro socio*. Un associé peut contraindre ses coassociés, par l'interdit de *mortuo inferendo*, à laisser inhumer le cadavre d'un étranger dans un terrain commun. Cette solution est fondée sur l'ordre public : *Ne insepulta cadavera jacerent strictam rationem insuper habemus* (loi 43, *De religios.*).

par les associés doivent être apportées à la masse commune : « *Si quis, dit Paul, societatem contraxerit quod emit, ipsius fit, non commune : sed societatis judicio cogitur rem communicare* » (loi 74, *Pro socio*) ; les associés doivent aussi se communiquer réciproquement les créances qu'ils acquièrent contre les tiers et les actions qui naissent à leur profit à l'occasion de la gestion de la société. Mais, si les associés sont obligés de communiquer les gains faits *ex societate*, ils ne sont point tenus de partager ceux faits *propter societatem* : « *Nec compedium quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem heres fuisset institutus, aut quid ei donatum esset* » (Loi 60, § 1 *in fine*, D., *Pro socio*). Nous trouvons un autre exemple dans la loi 63, § 9, D., *Pro socio* : « *Si servo communi legatum sine libertate unus ex dominis reliquit, hoc ad solum socium pertinet* ⁽¹⁾. *An tamen pro socio judicio communicari debeat cum herede socii quaeritur? Et ait Julianus Sextum Pomponium referre Sabinum respondentem non communicari.* » Ainsi, le legs sera recueilli en entier par l'associé survivant, qui n'est pas tenu de le partager avec l'héritier du testateur ; l'acquisition du legs, nous dit Julien, ne résulte pas de la société mais de la part qu'a l'associé dans l'esclave : « *Non enim propter communionem hoc acquisitum est, sed ob suam partem, nec oportet id communicari, quod quis non propter societatem, sed propter suam partem adquisierit* » (loi 63, § 9 *in fine*, *Pro socio*). Enfin, les associés ne doivent pas compte, à ses coasso-

(1) A l'époque classique, le résultat eût été le même si l'esclave eût été nommé légataire *cum libertate*, car *jure accressendi*, il aurait appartenu exclusivement au survivant ; Justinien en pareille hypothèse accorde à l'esclave le legs et la liberté.

ciés, des gains réalisés dans une industrie ou une opération étrangère à l'objet de la société (loi 52, § 5, D., *Pro socio*).

En ce qui concerne les bénéfices réalisés par l'un des associés à l'occasion de la gestion sociale et qui n'ont pas été versés dans la caisse commune, si l'associé débiteur attend, pour exécuter son obligation, d'être mis en demeure et s'il a employé ces bénéfices à son usage personnel, il devra, outre les intérêts, une indemnité équivalente au préjudice causé à la société. C'est la décision de Labéon, rapportée et approuvée par Pomponius dans la loi 60 pr., *Pro socio*. Ces jurisconsultes ajoutent que, si l'associé n'en a pas usé, ou s'il n'a pas été mis en demeure, il en est différemment, *contra esse*.

D'autre part, Papinien nous dit que : lorsqu'un associé a pris de l'argent commun, *qui pecuniam communem invaserit*, ou qui l'a employé à son usage, il doit des intérêts, « *omnino, etiam mora non interveniente* » (loi 1, § 1, *De usuris*). Cette solution de Papinien est-elle en contradiction avec la loi 60 pr., *Pro socio* (4)? Nous ne le croyons pas. Il résulte, en effet, de la loi 1, § 1, *De usuris*, que l'associé qui emploie à son usage l'argent commun est tenu des intérêts de plein droit. La loi 60 pr., *Pro socio*, loin de la contredire, elle en

(4) Cujas et Pothier proposent, pour concilier ces deux textes, de substituer dans la phrase « *moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usut sit* » (loi 60 pr., *Pro socio*), le mot *aut* au mot *cum*; dès lors, pour que la décision de la loi reçoive application, il suffirait que l'une des deux conditions fût remplie. Ils invoquent à l'appui de cette correction le contexte : « *Sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse* » (Cujas, *Obs.*, XXIII, 27; Pothier, *Pand. Inst.*, XVII, 2, n° 44). — Une autre explication consiste à dire que,

est le complément; elle ajoute que, si de plus, l'associé a été mis en demeure de restituer, il devient passible des dommages-intérêts : « *Quod socii intersit moram eum non adhibuisse.* » La loi 60 pr., *Pro socio*, ne s'occupe point des intérêts proprement dits et cela est confirmé par la suite de notre texte : « *Post mortem socii nullam talem æstimationem ex facto heredis faciendam.* » L'expression *æstimatio* prouve clairement qu'il s'agit de la réparation d'un dommage et non d'une simple dette d'intérêts. Labéon et Pomponius traitent moins rigoureusement l'héritier de l'associé, ce qui s'explique très-bien, leur décision rigoureuse étant basée sur les obligations étroites qui lient les associés entre eux. Quant à l'associé qui n'a point employé à son usage l'argent commun dont il est détenteur, ces jurisconsultes se montrent également moins sévères; ils ne le condamnent qu'au paiement des intérêts depuis sa mise en demeure, conformément au droit commun.

Enfin, Paul suppose, dans la loi 67, § 1, *Pro socio*, que l'un des associés a pris dans la caisse sociale une certaine somme d'argent et l'a prêtée à intérêts à des tiers. Comment en sera-t-il tenu de rendre compte de ce bénéfice? Notre texte fait une distinction. Si le prêt a été fait au nom de la société, l'associé doit communiquer

dans la loi 60 pr., *Pro socio*, il s'agit de bénéfices que l'associé a fait avec les fonds communs, *in eo quod ex societate lucri faceret* et que l'associé a employé à son usage des gains dont il est propriétaire; sa situation, dit-on, est plus favorable et doit être traitée moins rigoureusement que dans l'hypothèse où l'associé a usé de fonds sociaux eux-mêmes (loi 1, § 1, *De usuris*). En conséquence, il faudrait la réunion de deux conditions, demeure et emploi personnel, pour que les intérêts soient dus.

à ses coassociés le bénéfice de l'opération; si, au contraire, l'associé a prêté en son propre nom ⁽¹⁾, il garde les intérêts. Mais comment pouvons-nous comprendre cette solution, car, il y a, en ce cas, de la part de l'associé, une véritable « *invasio pecuniæ communis*, » et nous savons que, d'après les principes précédemment établis (loi 1, § 1, *De usuris*), cet associé devra les intérêts, *etiam mora non interveniente*. On peut dire, croyons-nous, que l'associé sera obligé de payer à la société les intérêts de la somme prise dans la caisse commune; mais le taux de ces intérêts sera le taux légal du lieu où la société a été contractée, de sorte que, il pourra profiter de la différence entre les intérêts qu'il a pu stipuler en faisant le *mutuum* et les intérêts légaux ⁽²⁾. Ce qui précède ne s'applique qu'à la société particulière. Quant à la société de tous les biens, le bénéfice résultant du prêt lui reviendra dans tous les cas, que le prêt ait eu lieu au nom de la société ou au nom de l'associé.

5° Chaque associé est tenu, dans l'exécution de ses obligations, de son dol et de sa faute.

D'une manière générale, on entend par faute la violation d'une obligation légale ou conventionnelle, *in agendo vel in omittendo*, commise par une personne à qui elle est imputable; et pour engager la responsabilité de l'auteur, une dernière condition est nécessaire : l'exis-

(1) Remarquons que le *mutuum* fait par l'associé en son propre nom, n'est valable pour le tout que lorsque l'emprunteur a consommé les espèces de bonne foi.

(2) On peut soutenir aussi que Paul n'a eu en vue, dans la loi 67, § 1, *Pro socio*, que l'hypothèse où l'associé aurait puisé dans la caisse sociale avec le consentement de ses coassociés. L'associé agissant *periculo suo*, il est autorisé à garder les intérêts de la somme prêtée (loi 10, §§ 3 et 8, D., lib. XVII, t. 1).

tence d'un préjudice. Il y a dol, lorsqu'à la faute, au fait illicite, se joint l'intention coupable, le désir de nuire.

L'associé est toujours tenu du *damnum injuria datum*, prévu et puni par la loi *Aquilia*. Pour qu'il y ait responsabilité, il est nécessaire que l'*injuria* existe, c'est-à-dire *dolus* ou *culpa* (Gaius, *Com.* III, § 211). Ainsi, l'associé qui a blessé ou tué l'un des esclaves communs (loi 49. *Pro socio*), sera tenu d'après la loi *Aquilia*, dont les règles trouvent application dans les rapports des associés : « *Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum, et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt* » (loi 47, § 1, *Pro socio*), et Paul ajoute : « *Sed nihilominus et pro socio tenetur* » (loi 48, *Pro socio*). La faute est toujours appréciée, ici, avec une grande sévérité : « *In lege Aquilia et levissima culpa venit* » (loi 44 pr., *Ad leg. Aquil.*).

Quant à la faute ordinaire ou contractuelle, elle est susceptible de degrés et les jurisconsultes ont posé à cet égard certaines distinctions : la *culpa lata, proxima dolo*, est celle qui est tellement grossière, que tous ceux qui la commettent en sont responsables, parce que l'excuse de bonne foi est, dans ce cas, inadmissible; la *culpa levis* qui elle-même s'apprécie avec plus ou moins de rigueur suivant les contrats. La *culpa levis* est considérée *in concreto*, suivant l'expression des commentateurs, lorsque l'on prend comme terme de comparaison la gestion ordinaire de l'auteur, et les soins qu'il donne à ses propres affaires; elle est considérée *in abstracto*, quand le type auquel on rapporte l'acte incriminé est la conduite d'un père de famille très diligent.

L'associé est tenu incontestablement de son dol et de la *culpa lata*, assimilable au dol et désignée fréquem-

ment par l'expression *dolus* (loi 52, § 2, *Pro socio*). Il y a eu des doutes, paraît-il, sur la question de savoir si l'associé devait répondre également de la *culpa levis*. Justinien rappelle la controverse et indique la solution qui finit par prévaloir : « *Prævaluit tamen etiam culpæ nomine teneri eum* » (*Inst.*, lib. III, t. xxv, § 9, *De soc.*). Mais est-il tenu de sa *culpa levis in abstracto* ou de sa *culpa levis in concreto*? Gaius nous dit : « *Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet* » (loi 72, *Pro socio*). Il résulte clairement de ce texte, que l'associé ne doit aux affaires de la société que les soins qu'il a l'habitude d'apporter à ses propres affaires; il ne répond que de la *culpa levis in concreto*. La même décision est reproduite par Justinien (§ 9, *Inst. de soc.*), et les jurisconsultes donnent pour justifier cette indulgence le motif suivant : celui qui prend un associé peu diligent ne doit s'en prendre qu'à lui-même d'avoir fait un mauvais choix (1). La véritable raison c'est, croyons-nous, d'abord l'esprit de fraternité qui doit animer tous les associés, c'est ensuite et surtout que les affaires de tous, étant en même temps les affaires de chacun, les associés sont naturellement portés à agir pour la société comme ils agiraient pour eux-mêmes (2).

Quelques auteurs prétendent qu'Ulpien, dans les lois 5, § 2, *De commodati vel contra*, et 23, *De regulis juris*,

(1) Si ce motif était exact, on aurait d'une manière générale limité à la *culpa in concreto* la responsabilité résultant des obligations contractuelles, car quiconque consent à devenir créancier peut s'imputer d'avoir mal choisi son débiteur.

(2) M. Accarias, *Précis de droit romain*, tom. II, p. 504.

émet une doctrine contraire à celle de Gaius et Justinien; l'associé serait ainsi responsable même de la *culpa levis in abstracto*, comme le vendeur, etc., parce que, nous dit-on, la société est mise sur la même ligne que la vente, le louage, etc. Il suffit, pour montrer que la contradiction est purement imaginaire, de faire remarquer que le jurisconsulte ne se propose nullement, dans les textes sus-indiqués, d'étudier la question de savoir comment la faute doit être appréciée; il a simplement en vue, dans loi 5 (*commodati vel contra*) de faire ressortir la différence entre la responsabilité du dépositaire qui ne répond que de son dol et celle des personnes qui sont tenues en outre de leur faute; dans la loi 23, *De reg. jur.*, Ulpien donne une énumération des contrats et quasi-contrats à la suite desquels, les parties sont obligées, non-seulement par leur dol, mais aussi par leur faute. Du reste, dans l'énumération nous trouvons la société à côté de la dot, et Ulpien lui-même reconnaît, dans la loi 24, § 5, lib. XXIV, tit. III, que le mari n'est tenu que de la *culpa levis in concreto*.

Les parties sont libres de modifier, par le pacte social, les règles établies sur l'étendue de la responsabilité. Ainsi, les associés peuvent convenir qu'ils seront tenus de la *culpa levis in abstracto*, ou, au contraire, qu'ils ne répondront que du dol. Toutefois, la clause qui dispenserait l'associé de réparer les suites de son dol, serait nulle : « *Hoc enim bonæ fidei iudicio contrarium esse* (loi 23, *Reg. jur.*); » et Ulpien ajoute dans la loi 1, § 7, D., L. XVI, tit. III : « *Hæc conventio contra bonam fidem, contraque bonos mores est : et ideo nec sequenda est.* » Souvent, la responsabilité se trouve implicitement augmentée; il en est ainsi lorsque l'associé, qui n'apporte

que son industrie, reçoit l'apport de l'autre après estimation. Cette estimation aura pour résultat d'abord de déterminer la somme que l'associé aura à payer si la chose périt et ensuite, elle étend sa responsabilité, en lui imposant une vigilance très-grande, que les jurisconsultes appellent *custodia*. L'associé, dans ce cas, ne répond pas des cas fortuits ou de force majeure, mais il a, à sa charge, la perte venant d'un accident qu'il aurait pu prévenir, en prenant des précautions, comme par exemple le vol simple (loi 52, § 3, *Pro socio*).

Un associé ne pourra pas compenser le dommage résultant de son dol ou de sa faute, avec les profits qu'il a procurés à la société, car, comme dit M. Accarias, celui qui est tenu de plusieurs obligations ne s'affranchit pas des unes en exécutant les autres ⁽¹⁾. Toutefois, si tous les associés avaient apporté à la société une égale négligence, Ulpien nous apprend qu'ils cesseraient d'être réciproquement obligés et que la compensation aurait lieu (loi 10 pr., *De compensat.*, lib. XVI, t. II).

§ 2. *Des droits des associés.*

1° Les droits des associés sont égaux et chacun d'eux peut user des choses sociales, pourvu qu'il ne mette pas d'obstacle au droit de jouissance des autres. Ainsi, lorsque deux voisins ont mis en commun chacun un demi-pied de terrain, pour élever un mur destiné à soutenir les poutres de leurs bâtiments respectifs, il y a lieu à l'action *pro socio*, nous dit la loi 52, § 13 (*Pro socio*), si l'un des associés mettait obstacle à l'exécution du contrat.

(1) *Précis de droit romain*, t. II, p. 504.

2° Tout associé a le droit de se faire rembourser les dépenses qu'il a faites dans l'intérêt de la société. Il en est ainsi des dépenses faites pour la réparation d'un canal commun et celles occasionnées par un voyage entrepris pour les besoins communs (loi 52, § 12 et § 15, *Pro socio*). Un autre exemple nous est donné par la loi 52, § 10 : L'associé qui a réparé la maison commune à ses frais est autorisé, d'après un sénatus-consulte de Marc-Aurèle, soit à réclamer son capital avec les intérêts, soit à exproprier ses associés de leur part indivise dans la chose, dans les quatre mois du rétablissement de la maison. L'expropriation s'effectuait *ipso jure* si l'associé n'avait pas opté dans les quatre mois pour la récompense en numéraire. De même, d'après la loi 67, § 2, l'associé qui a payé une dette pour la société pourra réclamer non-seulement la somme par lui fournie, mais aussi les intérêts.

3° Chaque associé a le droit de se faire indemniser par ses coassociés des dommages qu'il a éprouvés en s'occupant des affaires de la société. Y a-t-il lieu de distinguer ici, comme pour les gains, entre les pertes provenant *ex societate* et celles arrivées *propter societatem*? Les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur ce point. Labéon établit à cet égard la même distinction; il soutient que l'associé qui a été blessé en s'opposant à la fuite d'esclaves communs, ne pourra se faire indemniser des dépenses nécessitées par son traitement (1). Cette théorie, très rigoureuse, est repoussée par Julien, dont l'opinion est rapportée et approuvée par Ulpien dans la loi 64, *Pro socio*. Julien examine, dans la loi 52, § 4,

(1) Loi 60, § 1, *Pro socio*.

Pro socio, un autre cas : Une société se forme entre deux personnes pour les fournitures militaires, l'un des associés étant parti pour faire des achats tombe entre les mains des voleurs, qui lui enlèvent son argent, blessent ses esclaves, le dépouillent de ses vêtements; le jurisconsulte décide que l'associé resté à la maison doit supporter la moitié des frais de médecin et partager également la perte, pourvu toutefois, ajoute-t-il, qu'il soit parti et qu'il ait emporté tous ces objets pour faire des achats au nom de la société. Mais si le préjudice provenait de la faute de l'associé, s'il n'avait pas pris, par exemple, les précautions nécessaires, ou s'il avait emporté en voyage des sommes plus considérables qu'il n'était besoin, il ne jouirait d'aucun recours contre la société, car, comme dit Pomponius : « *Quod quis exculpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* » (loi 203, *De reg. jur.*, lib. IV, t. xvii).

4° Chaque associé peut forcer ses coassociés à contribuer au paiement des obligations contractées pour les affaires sociales. Rien de plus simple lorsque la dette devient exigible avant la dissolution de la société : « *Omne æs alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est* » (loi 27, *Pro socio*). Mais, si la dette est conditionnelle et que la condition ne soit pas encore réalisée, ou bien, si elle est à terme et que le terme ne soit pas encore arrivé, l'associé débiteur peut se faire donner, lors du partage, des cautions, à l'effet d'exercer son recours (lois 27 et 28, *Pro socio*). C'est là l'application des principes généraux sur les actions de bonne foi (loi 38, D., *Pro socio*; loi 41, *De judiciis*; loi 26, *De ædilitio edicto*). — Dans la loi 67, *Pro socio*, Paul fait application de ces principes, au cas où une

chose commune a été vendue par l'un des associés.

5° Les fonds sociaux appartiennent par indivis aux associés, et chacun d'eux a le droit de disposer, entre-vifs ou à cause de mort, de sa part dans la société (loi 68, *Pro socio*; loi 16, D., *De reb. cred.*, l. XII, t. 1). L'aliénation, de la part indivise, consentie par un associé, ne change en rien les rapports des associés entre eux et n'établit aucun lien entre ces derniers et le tiers, qui se trouve dans la position de simple cessionnaire, et doit subir les conventions de son auteur. Ainsi, si les associés ont convenu que le partage du fonds commun ne pourrait avoir lieu avant un certain temps, *pactum ne intra certum tempus societas divideretur*, l'acheteur d'une part indivise sera obligé de rester dans l'indivision jusqu'à l'époque déterminée par le contrat; et s'il veut en sortir, en intentant l'action *communi dividundo*, il sera repoussé par l'exception, au moyen de laquelle eût été écarté son vendeur (loi 16, § 1, *Pro socio*; loi 14, § 3, *De com. divid.*). Quant à l'associé qui aurait vendu dans ces conditions, il sera tenu de l'action *pro socio* ou *communis dividendo* ⁽¹⁾ (loi 17 pr., *Pro socio*).

6° Enfin, tout associé peut s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société; ce tiers associé, qu'on appelle un *croupier*, n'entre point dans la société primitive. En effet, la société est un contrat qui se forme *intuitu personæ*, et il ne peut dépendre d'un seul associé d'introduire ainsi dans la société un étranger avec lequel les autres n'ont pas contracté (loi 19, *Pro socio*); Ulpien le dit très-nettement : « *Socii mei socius, socius meus non est* » (loi 20, *Pro socio*).

(1) M. Maynz, *Cours de droit romain*, § 226, note 37, p. 283.

Quelles seront les conséquences d'une association en croupe?

Ulpien et Gaius examinent les résultats d'une semblable combinaison, dans les lois 21, 22, 23, D., *Pro socio*.

Les bénéfices réalisés par le croupier devront être communiqués par lui à son associé, et par celui-ci aux membres de la société principale, car à leur égard il est censé les avoir réalisés lui-même; en sens inverse, les bénéfices faits par les coassociés seront communiqués à celui qui a choisi le croupier et par lui au croupier lui-même (lois 21 et 22, *Pro socio*). Quant aux dommages occasionnés par le croupier, l'associé qui l'a choisi en obtiendra la réparation par l'action *pro socio* et en fera profiter ses coassociés (loi 21, *Pro socio*); réciproquement, l'associé doit au croupier la réparation du préjudice causé par ses coassociés, et il peut être poursuivi, à cet effet, avant qu'il ait lui-même actionné les membres de la société principale (loi 22, *Pro socio*).

Une première question est celle de savoir si l'associé qui a pris un croupier, par le fait duquel la société a souffert quelque dommage, doit indemniser ses coassociés pour le tout, ou bien s'il peut leur céder l'action qu'il a contre ce croupier, de manière qu'il ne soit tenu en rien, si ce dernier est insolvable? Pomponius avait des doutes sur la solution de la question; mais Ulpien décide avec raison, que l'associé est obligé personnellement et pour le tout, car il est en faute de s'être associé à un individu insolvable (loi 23, *Pro socio*).

Une autre question est résolue par la loi 23, § 1, *Pro socio*, la compensation pourra-t-elle se produire entre les dommages et les bénéfices provenant du fait du crou-

pier? Pomponius admettait l'affirmative; mais Ulpien après *Marcellus* nous dit au contraire que, sans aucun doute, la compensation ne peut avoir lieu, car aux yeux des membres de la société principale, le dommage a été causé par l'associé et le bénéfice procuré également par lui, et nous savons que la compensation ne peut avoir lieu en ce cas (V. lois 25 et 26, *Pro socio*).

SECTION II.

Des rapports des associés avec les tiers.

Les associés se trouvent naturellement, à l'occasion de l'administration de la société, en relation avec les tiers. Nous avons admis plus haut que, chez les Romains, les sociétés ordinaires ne constituaient pas des personnes morales et comme en principe les obligations et les droits étaient personnels à ceux qui avaient figuré au contrat, il y a lieu d'examiner comment les associés, comme tels, peuvent être obligés envers les tiers et comment ils peuvent acquérir des droits envers eux.

§ 1. *Les dettes des associés envers les tiers.*

En ce qui concerne les dettes contractées par les associés envers les tiers, il convient de distinguer plusieurs hypothèses :

1° Tous les associés ont contracté et se sont obligés envers les tiers. Les créances ainsi que les dettes se

divisent de plein droit et comme la solidarité ne se présume pas, il y a, dans ce cas, autant de dettes que d'associés débiteurs. Chacun d'eux peut être poursuivi pour une part proportionnelle à celle qu'il a dans la société et non pour une part virile ⁽¹⁾. C'est ce qui résulte de la loi 4 pr., *De exercit. act.*, l. XIV, t. 1 : « *Si tamen plures per se navem exerceant, pro proportionibus exercitationis conveniuntur.* » De même, dans la loi 44, § 1, *De ædil. edict.*, l. XXI, t. 1, Paul accorde l'action *ex empto* contre chacun des associés vendeurs, *proportione qua socii fuerint*. Par exception, la solidarité existe entre les associés dans certains cas spécialement prévus par les textes : lorsque les associés font le commerce de la banque; on a jugé utile de soumettre les *societates argentarix* à une législation spéciale et de donner ainsi aux tiers une garantie contre l'insolvabilité de quelques-uns de leurs membres (loi 25 pr., loi 27 pr., D., *De pactis*, l. II, t. XIV). De même, lorsque les associés se sont constitués *correi promittendi* (loi 2, D., *De duob. reis*, l. XLV, t. II). Les édiles avaient permis d'intenter l'action *in solidum* contre celui des *venaliciarii* qui avait dans l'affaire l'intérêt le plus considérable. Les *venaliciarii* étaient des marchands d'esclaves, dont la réputation était mauvaise, et les édiles ont admis cette dérogation aux principes à cause de leurs fraudes habituelles et le mépris dans lequel ils étaient justement tenus (loi 44, § 1, *De ædil. edict.*, l. XXI, t. 1). Enfin, les associés qui avaient constitué un facteur de commerce ou un capitaine de navire, répondaient solidairement des enga-

(1) *Contra*, M. Maynz, *Cours de droit romain*, § 227, A. et note 2, p. 284.

gements pris par leur préposé (loi 1, § 25, D., l. XIV, t. 1).

2° L'obligation a été contractée par un mandataire associé ou non. D'après le droit civil, le mandataire doit parler en son nom et n'oblige que lui seul, sauf bien entendu son recours contre ses mandants. Mais le prêteur avait fini par admettre, par extension des principes, *ad exemplum institoriae actionis*, que le tiers qui avait traité avec le mandataire avait action contre les associés mandants (loi 19 pr., l. XIV, t. III; loi 10, § 5, D., l. XVII, t. 1). Il n'est intéressant de distinguer si le mandataire nommé était un des associés ou un tiers qu'au point de vue suivant : le mandataire associé était tenu de l'action *Pro socio* envers ses coassociés, tandis que les tiers sont obligés d'après les règles du mandat.

3° La dette est contractée par un associé sans mandat. Si la ratification a été accordée après coup, les associés se trouvent dans la même situation que s'ils avaient préalablement donné le mandat et nous savons quels sont les effets qui se produisent dans ce cas. A défaut de ratification, l'associé qui, sans être chargé et à l'insu des autres, a fait des opérations dans l'intérêt commun, n'oblige les coassociés que dans la mesure de la gestion d'affaires.

4° Les associés se sont obligés envers un tiers par l'intermédiaire d'un esclave commun. En principe, l'esclave oblige les tiers envers son maître, mais n'oblige pas son maître envers les tiers : « *Servus autem ex contractibus non obligatur : in personam servilem nulla cadit obligatio* » (Paul, loi 43, *De oblig. et act.*). Mais, ici encore le prêteur vient donner au tiers une action directe contre le maître. Les actions accordées sont suivant les

cas, les actions : *Quod jussu, exercitoria, institoria, de peculio et de in rem verso*.

Le tiers qui a contracté avec l'esclave commun, peut exercer les actions : *Quod jussu, exercitoria, institoria*, contre les associés qui ont donné l'ordre, préposé l'esclave à la direction du navire ou du commerce, et cela *in solidum* (loi 5, § 1, l. XV, t. iv; loi 1, § 25; loi 4, § 2, loi 2, l. XIV, t. 1; loi 13, § 2, l. XIV, t. III, D.). L'action *de peculio* ne peut être exercée que contre les associés chez lesquels l'esclave avait un pécule, et dans ce cas, l'estimation du juge portait sur tous les pécules; celui qui aura subi une condamnation, exercera, par l'action *pro socio*, un recours contre les autres coassociés (loi 27, § 8, l. XV, t. 1, D.). A défaut d'autres actions, les tiers ont l'action de *in rem verso* contre les associés qui avaient profité de l'opération faite par l'esclave commun.

Les associés n'en étaient pas moins obligés envers les tiers, s'ils avaient pris pour intermédiaire non pas l'esclave commun, mais l'esclave d'autrui (loi 14, l. XIV, t. III, D.).

§ 2. Créances des associés contre les tiers.

Quant aux créances, il faut encore distinguer les différents cas qui peuvent se présenter :

1° Tous les associés ont contracté avec les tiers. Le tiers est, dans cette hypothèse, obligé envers tous les associés et la créance étant divisée de plein droit, ces derniers n'ont d'action contre le tiers débiteur que pour leur part : « *Pro ea parte qua quisque socius* » (loi 2, § 1, *De duob. reis*). On applique le principe d'après

lequel il faut interpréter la convention dans le sens le plus favorable au débiteur (loi 38, § 18, et loi 99 pr., *De verb. oblig.*, l. XLV, t. 1). Il faut toutefois remarquer que la corréalité active se produit de plein droit lorsqu'il s'agit des sociétés des *argentarii* (loi 9 pr., D., *De pactis*, l. II, t. IV).

2° C'est un mandataire associé ou non, qui a contracté avec le tiers; le mandataire acquiert, d'après le droit civil, la créance pour lui-même et il a seul action contre le tiers obligé (loi 38, § 17; loi 126, § 2, *de Verb. oblig.*; loi 1, § 18, *De exerc. act.*). L'équité demande cependant que les mandants profitent des avantages qui résultent de l'opération, aussi le prêteur vient au secours des associés et oblige le mandataire associé ou non, à leur céder les actions qu'il a acquises contre le tiers. De plus, si le mandataire refuse de céder son action ou s'il meurt, sans héritiers, le prêteur, toujours d'après l'équité, accorde aux associés-mandants le droit de poursuivre directement le tiers (loi 13, § 25, *De act. empti*): et cela par des actions utiles, *actio utilis ex contractu præpositi* (loi 1, loi 2, *De inst. act.*; loi 3, *De stip. prætor.*). L'action utile et donnée par le prêteur *pro portione qua socii sunt*. Remarquons, que le mandataire associé sera tenu par l'action *Pro socio* envers ses coassociés, tandis que le mandataire étranger sera obligé d'après les règles du mandat.

3° L'associé qui a contracté avec le tiers, n'avait pas de mandat. Les coassociés peuvent accorder la ratification après coup. A défaut de ratification, l'associé peut encore acquérir une créance à ses coassociés envers les tiers, d'après les principes et dans les limites de la gestion d'affaires. Dans tous les cas, les associés qui pro-

fitent d'une obligation contractée par un associé, sont tenus jusqu'à concurrence du profit (loi 82, *Pro socio*).

4° Enfin, les associés ont contracté par l'intermédiaire d'un esclave. L'esclave n'a point de personnalité : « *nec servus quidquam debere potest nec servo potest deberi* » (*Inst. Just.* II, t. 9, 5). Mais si l'esclave en contractant n'obtient pas d'action en sa faveur, il en fait certainement acquérir une à chaque associé, en raison de sa part, dans la société, l'esclave mandataire étant la copropriété indivise de tous les associés. En supposant que l'esclave a stipulé nominativement pour un seul des associés ou sur son ordre, celui-là seulement pourra exercer l'action contre les tiers.



CHAPITRE IV.

De l'action *Pro socio* et des actions avec lesquelles elle peut concourir.



SECTION I.

De l'action *Pro socio*.

L'action qui naît directement et immédiatement du contrat de société est l'action *pro socio*, qui est une action de bonne foi comme le contrat lui-même. Nous avons indiqué plus haut quelles sont les obligations auxquelles sont tenus les associés les uns envers les autres. Ces obligations, nous l'avons vu, sont identiques pour tous les associés, de même que leurs droits sont égaux, aussi l'action produite par le contrat de société, *l'actio pro socio*, est-elle *ab utraque parte directa*, à la différence des autres contrats consensuels qui donnent naissance à deux actions, une *directa*, une *contraria*.

L'action *pro socio* est accordée à chacun des associés contre chacun des autres pour la poursuite de leurs obligations respectives; c'est par elle que chaque associé pourra être forcé de réaliser la mise qu'il s'est obligé d'apporter, de rendre compte, de communiquer à ses

coassociés les bénéfices qu'il a tirés de la chose commune, de réparer le préjudice causé par son dol ou par sa faute, de supporter, pour sa part, les dépenses faites dans l'intérêt commun (loi 52 pr. et §§ 8, 10, 12, 13; loi 71 et 74, *Pro socio*); enfin, on peut se servir de cette action pour demander la dissolution de la société (loi 65 pr., *Pro socio*), et elle peut être exercée non-seulement pendant le cours de la société, mais aussi après sa dissolution pour arriver au règlement des comptes entre les associés.

Après la mort de l'un des associés, l'action *Pro socio* est accordée à son héritier ou contre lui, car il succède aux droits et aux obligations de son auteur (loi 63, § 8; lois 35 et 36, *Pro socio*). Quand la société a été contractée par une personne *alieni juris*, par un fils de famille d'après l'ordre du père ou par un esclave d'après l'ordre de son maître, l'action est donnée contre le père ou contre le maître (loi 84, *Pro socio*). Toutefois nous devons distinguer entre ces deux cas : le fils de famille est soumis à l'action *pro socio*, en même temps que son père, car il a par lui-même une certaine capacité et peut être obligé *jure civili*; l'esclave, au contraire, ne peut être tenu que naturellement et n'ayant aucune personnalité autre que celle du maître, l'action *pro socio* ne peut être intentée que contre ce dernier. Ulpien nous indique dans la loi 58, §§ 2 et 3, *Pro socio*, une conséquence remarquable résultant de la différence de condition qui existe entre le fils de famille et l'esclave : si un fils de famille, membre d'une société, vient à être émancipé, la société n'en subsiste pas moins, car les autres parties ont considéré à la fois la personne du père et celle du fils; au contraire, par cela seul qu'un

esclave change de maître, la société dont il fait partie se trouve dissoute. Enfin, il résulte de la loi 84 de notre titre, que lorsque la société est formée par une personne quelconque sur l'ordre d'un tiers, les associés peuvent intenter l'action *pro socio* directement contre ce tiers : « *cujus persona in contrahenda societate spectata sit* (1). »

L'action *pro socio* présente deux particularités remarquables qui nous montrent sous quel point de vue moral les jurisconsultes romains avaient considéré le lien formé entre les associés. A raison de la fraternité, *jus quodammodo fraternitatis* (loi 63 pr., *Pro socio*), et des rapports de bonne foi qui s'établissent entre les parties, les jurisconsultes infligent une flétrissure au défendeur reconnu coupable de mauvaise foi, en le notant d'infamie, et d'un autre côté, usant d'une certaine indulgence envers l'associé insolvable, ils décident que les associés ne peuvent être condamnés les uns envers les autres que chacun jusqu'à concurrence de ses moyens : « *In id quod facere potest.* » Examinons successivement ces deux particularités.

1° *L'infamie.* « *Infamia notatur qui pro socio, suo nomine, damnatus erit* » (loi 1, *De his qui not. inf.*; l. III, t. II, D.). Remarquons d'abord que l'infamie ne frappe l'associé condamné par l'action *pro socio*, que lorsqu'il s'est rendu coupable de dol. En effet, Ulpien, dans la loi 6, § 7, *De his qui not. inf.*, pour écarter l'infamie

(1) Cependant il est possible que l'action prévue par la loi 84 ne soit pas l'action *pro socio*, mais la *condictio certi*, dont s'occupe le § 8 des Inst., lib. IV, t. VII, *condictio* donnée, aux lieu et place de l'action *quod jussu*, contre l'individu dont on a suivi la foi, afin d'obtenir le paiement d'une valeur déterminée, (loi 9 pr., et § 2, *De rebus creditis*).

des actions contraires, donne les motifs suivants : « *Nec immerito nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi.* » Nous pouvons conclure qu'en l'absence de la *perfidia*, il ne peut être question d'infamie (V. aussi *Inst. Just.*, lib. I, t. xxvi, § 6). Ensuite, l'infamie n'est encourue par l'associé qu'autant qu'il est condamné *suo nomine* et pour un fait personnel ; ainsi l'infamie ne frappe pas l'héritier de l'associé, « *quia heres neque in tutelam, neque in societatem succedit, sed tantum in æs alienum defuncti* » (loi 6, § 6, *De his qui not. inf.*).

Modestin nous dit que la peine de l'infamie était qualifiée de peine capitale (loi 103, D.; l. L, t. xvi). Les conséquences d'une pareille condamnation étaient la perte du *jus honorum*, c'est-à-dire l'aptitude aux dignités et aux magistratures romaines (loi 1 pr., D.; l. XLVIII, t. vii), et au point de vue du droit civil, l'incapacité de postuler pour autrui.

2° *Bénéfice de compétence*. Certaines personnes jouissent, en droit romain, du privilège de ne pas pouvoir être condamnées à l'exécution d'une obligation qu'en tant qu'elles sont à même de payer, « *condemnatio in id quod facere potest debitor* ⁽¹⁾ » (§ 37, *Inst.*, lib. IV, t. vi, *De action.*); c'est ce que les commentateurs ont appelé : *le bénéfice de compétence*. « Ce privilège suppose, nous dit M. Machelard, entre le créancier et le débiteur des rapports tels, qu'il y aurait immoralité, ingratitude, oubli des sentiments naturels, ou des devoirs résultant de liens qui ont existé, si le créancier exerçant ses droits dans toute leur portée, mettait son débiteur hors d'état

(1) M. Maynz, *Cours de droit romain*, § 170 b).

de satisfaire à une condamnation et l'exposait ainsi à subir la contrainte par corps, voie d'exécution ordinairement accordée dans la législation romaine. En restreignant, au contraire, le montant de la condamnation, suivant les ressources du débiteur, telles qu'elles existent au moment où intervient la sentence, on lui laissait la possibilité de se dégager et de conserver sa liberté corporelle ⁽¹⁾. » Parmi les personnes qui jouissent de cette faveur se trouve l'associé. La loi 63 pr., *Pro socio*, nous dit, en effet, que l'associé poursuivi par l'action *pro socio*, ne peut être condamné que « *in id quod facere potest*; » mais comme ce bénéfice ne restreignait pas l'obligation elle-même, il fallait prendre soin de le faire insérer dans la formule pour pouvoir l'invoquer devant le juge. Le préteur ne l'accordait que *causa cognita* : « *Causæ cognitio autem in hoc erit ut neganti se socium esse, aut ex doli clausula obligato non succuratur* » (loi 22, § 1, *De re judicata*).

Le bénéfice de compétence est tout personnel à l'associé (loi 7 pr., D., l. XLIV, t. 1); il ne peut être invoqué ni par l'héritier, ni par le maître ou le père (loi 63, § 2, *Pro socio*), non plus que par le *fidejussor*, à moins que ce dernier n'agisse en qualité de *defensor* (loi 63, § 1, *Pro socio*).

Ce bénéfice a-t-il lieu dans toute société? L'affirmative n'est pas douteuse en présence de la loi 63 pr., *Pro socio*, qui la déclare expressément et du § 38 des *Inst.*, lib. IV, t. vi, qui parle de l'associé d'une manière générale, sans faire aucune distinction. Toutefois, Ulpien semble dans la loi 16, D., *De re judicata*, n'accorder ce

(1) M. Machelard, *Des obligations naturelles*, p. 503.

bénéfice qu'aux associés *universorum bonorum*. Que faut-il décider? Sans entrer dans l'examen des différents systèmes, plus ou moins arbitraires, qui ont été proposés pour expliquer ou pour concilier cette antinomie, nous donnerons l'interprétation que nous trouvons dans le remarquable travail de M. Machelard sur les *obligations naturelles* : « Nous croyons avec M. de Vaugerow, dit-il, que le préalable de la *causæ cognitio*, d'après laquelle ce bénéfice de compétence était tantôt accordé, tantôt refusé, rend compte de deux textes d'Ulpien entre lesquels on a voulu trouver une contradiction. D'une part la loi 63, D., *Pro socio*, étend le bénéfice même aux associés pour des objets particuliers; d'autre part, la loi 16, *De re judicata* semble exiger qu'il y ait société universelle. Comme la concession de ce bénéfice, suivant la remarque d'Ulpien (loi 53 pr., lib. XVII, t. II), repose sur une espèce de fraternité qui découle de la société, on comprend que cette quasi-fraternité ne fit aucune difficulté à la suite d'une *societas totorum bonorum*, tandis que les sociétés particulières pouvaient se présenter avec des physionomies fort diverses, et quelquefois n'avoir établi entre les associés que des rapports fort passagers ou trop restreints pour qu'on dût les considérer comme des frères ⁽¹⁾. »

Comment se calculent les facultés de l'associé? Le calcul n'était pas le même pour toutes les personnes qui avaient le droit d'invoquer le bénéfice de compétence. C'est ainsi que lorsqu'il s'agit d'un donateur actionné par le donataire, le juge devait commencer par déduire de l'actif du donateur tout ce qu'il devait à d'autres personnes, et de plus, lui laisser une somme indispensable

(1) M. Machelard, *Oblig. naturelles*, p. 508, note 1.

pour vivre. En ce qui concerne l'associé, Ulpien nous dit, dans la loi 63, § 3, *Pro socio*, que l'on ne déduit pas les dettes de l'associé si ce n'est ce qu'il doit en raison de la société. Dans cette dernière hypothèse, la déduction doit être opérée, car les dettes contractées *ex ipsa societate* doivent être supportées par tous les associés. Quant aux autres dettes, on considère l'actif brut de l'associé, parce que si le calcul ne portait que sur l'actif net, si l'on retranchait ce que l'associé doit aux tiers, les associés créanciers se trouveraient frustrés au profit de ces derniers. Le but de la loi est simplement d'empêcher que les conséquences de l'insolvabilité d'un associé ne se produisent sur la poursuite de ses coassociés.

Le juge devait faire le calcul eu égard à la situation de l'associé au moment du jugement (loi 63, § 6, *Pro socio*); il devait tenir compte des biens que possède l'associé, et aussi de ceux dont il s'est dépouillé par le dol (loi 63, § 7, *Pro socio*), mais nullement des biens qu'il a perdus par une simple faute, ni de ceux qu'il a négligé d'acquérir (loi 68, § 1, *Pro socio*).

Doit-on laisser à l'associé de quoi vivre, *ne egeat*? Avant Justinien, le donateur seul jouissait de ce privilège (loi 19, § 1, *in fine* et loi 30, *De re judicata*). Justinien l'accorde d'une manière générale à tous ceux qui jouissaient du bénéfice de compétence (loi 173, *De regulis juris*). Faut-il conclure que depuis Justinien l'associé pouvait bénéficier de ce privilège? Nullement; le mode de calcul n'ayant pas été changé, il arriverait que l'associé à qui on a laissé *aliquid ne egeat*, se le voit ensuite arracher par ses autres créanciers à qui il ne peut opposer le bénéfice de compétence.

L'associé qui a opposé le bénéfice de compétence est-il

complètement libéré? La créance toute entière a été soumise à la décision du juge, *in judicium deductum*, l'*intentio* portant sur la totalité de ce qui était dû; c'est seulement dans la condamnation qu'il y a une restriction d'après laquelle le juge devait tenir compte des ressources actuelles du défendeur, de sorte que l'associé débiteur jouit de l'exception *rei judicatæ*. Mais le créancier peut se ménager la voie d'une action, en ayant soin, au moment de la sentence, de faire promettre au débiteur qu'il paierait le surplus au cas où il viendrait à acquérir de nouvelles ressources (loi 63, § 4, *Pro socio*). Le débiteur est engagé ainsi par une *nuda promissio*, sans accession de fidéjusseurs ⁽¹⁾.

SECTION II.

Concours de l'action *Pro socio* avec d'autres actions.

1° Concours avec l'action *communi dividundo*.

Nous avons vu que l'action *pro socio*, spécialement attachée au contrat de société, a pour objet toutes les prestations personnelles auxquelles les associés sont tenus; elle tend à faire exécuter le contrat. Outre l'action *pro socio*, les associés peuvent avoir encore les uns contre les autres l'action *communi dividundo*, à cause de l'indivision qui existe entre eux, par rapport à divers objets. Cette dernière action appartient à tout communiste et a principalement pour objet la cessation de la commu-

(1) M. Machelard, *Oblig. naturelles*, p. 506, 507.

nauté et le partage des biens dont elle se compose. Comme point essentiel, elle tend à obtenir une *adjudicatio*, c'est-à-dire attribution par sentence du juge, du lot dévolu à chaque associé.

L'action *communi dividundo* est impossible et les associés sont obligés d'agir par l'action *pro socio*, lorsqu'il s'agit des indemnités à réclamer pour une opération sociale ou bien de faire le règlement des créances communes; les créances se divisent, en effet, de plein droit et échappent aux actions divisaires. D'un autre côté, l'action *pro socio* ne peut avoir pour effet d'attribuer la propriété d'un objet commun à l'un des associés; les parties doivent recourir à l'action *communi dividundo* pour obtenir un pareil résultat. En d'autres mots, l'action *pro socio* peut être déclarative de propriété, elle n'est jamais attributive. Cela tenait à ce que dans l'action *pro socio*, la formule ne contenait pas cette quatrième partie qui donnait au juge le droit de transférer le *dominium* et qui portait le nom d'*adjudicatio*, tandis que l'*adjudicatio* était renfermée dans l'action *communi dividundo*. Mais, pourquoi les Romains n'ont-ils pas, pour éviter ces difficultés, ajouté une *adjudicatio* à l'action *pro socio*? « C'est que, dit M. Maynz, le but de la société est, non pas de faire un partage, mais de nous faire obtenir un résultat commun. L'action dérivant du contrat tend donc à déterminer les droits et obligations respectifs des parties et de mettre chaque associé à même d'obtenir par les moyens ordinaires, l'exécution des droits constatés par le jugement. Parmi les actes d'exécution de ce jugement peut figurer le partage des biens sociaux; mais il ne constituera jamais qu'une conséquence indirecte et médiate du contrat de société même. L'*adjudicatio*, ajoutée

comme partie essentielle à l'*actio pro socio*, aurait été, d'ailleurs, déplacée dans bien des cas. Cette action, en effet, peut aussi bien avoir lieu durant la société qu'à l'occasion de sa dissolution, et même après la dissolution, elle peut avoir pour but de poursuivre tout autre chose que le partage, sans parler de l'hypothèse où les associés seraient d'intention de demeurer dans l'indivision des biens sociaux (1). »

Nous pouvons conclure de tout ce que nous venons de dire, que les actions *pro socio* et *communi dividundo* se complètent l'une l'autre; c'est ce qu'indique Paul dans la loi 1, D., *Com. div.* : « *Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem.* »

Si comme nous venons de le voir, ces deux actions peuvent être employées dans un but différent et distinct, il y a certains cas, dans lesquels l'action *pro socio*, peut se cumuler avec l'action *communi dividundo*. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit de demander soit la contribution aux dépenses faites pour la chose commune, soit la réparation d'un dommage causé à une chose de cette nature, soit la répartition des fruits perçus sur des biens également communs. Dans ces divers cas, les associés peuvent recourir indifféremment à l'une de ces deux actions (loi 38, § 1, *Pro socio*). Mais, quand ils ont usé de l'une, ils ne peuvent exercer l'autre que pour obtenir ce qui n'a pas été compris dans la première (loi 43, *Pro socio*).

Remarquons que l'action *pro socio* se distingue de l'ac-

(1) M. Maynz, *Cours de droit romain*, § 229, note 5, t. II.

tion *communi dividundo*, comme des actions dont nous dirons quelques mots plus loin, par les deux caractères distincts, que nous avons déjà indiqués : 1° l'infamie, et 2° le bénéfice de compétence.

2° *Concours de l'action pro socio avec l'action ex stipulatu.*

Les associés peuvent, sans opérer novation, stipuler une clause pénale pour le cas où l'un d'eux n'exécuterait pas ses engagements. La loi 71, *Pro socio*, nous présente un exemple : deux personnes s'associent dans le but d'enseigner la grammaire et conviennent de mettre tous les bénéfices en commun; le contrat conclu, les parties se font réciproquement la promesse suivante : « *Hæc quæ supra scripta sunt, ea ita dari fieri, neque adversus ea fieri : sica ita data, facta non erunt, tum viginti millia dari.* » La stipulation jointe ainsi au contrat n'amène pas, dans notre cas, une novation. Il s'agit ici tout simplement d'une clause pénale; de sorte que, si un des associés venait à violer la convention, il y aurait lieu à l'action *pro socio*, en même temps qu'à l'action *ex stipulatu*. Les associés ont le choix entre ces deux actions. Si nous supposons qu'ils agissent par l'action *ex stipulatu* et qu'ils sont entièrement indemnisés du dommage causé par l'un d'eux, ils n'ont plus à leur disposition l'action *pro socio* (loi 41, *Pro socio*), tandis qu'ils peuvent encore recourir à l'action *pro socio* si le dommage causé est plus considérable que la peine, mais ils ne pourront obtenir que le surplus (loi 42, *Pro socio*). Au contraire, le choix de l'action *pro socio* implique renonciation à l'action *ex stipulatu*.

3° *Concours de l'action PRO SOCIO avec l'action VENDITI.*

La loi 69, D. *in fine, Pro socio*, consacre d'une manière formelle le concours de ces deux actions : « *Cum societas*

ad emendum coiretur, et conveniret, ut unus reliquis nundinas (id est epulas) præstaret, eosque a negotio dimitteret, si eas eis non solverit, et pro socio, et ex vendito, cum eo agendum est. » Le sens de cette loi est resté obscur malgré tous les efforts des jurisconsultes modernes. De toutes les solutions qui ont été proposées, nous nous bornerons à reproduire l'interprétation suivante : « Une société de commerce avait été contractée à la condition que dès qu'il plairait à l'un des associés de rembourser aux autres tout ce qu'ils auraient mis dans la société, jusqu'aux frais d'auberge, cet associé conserverait toute l'entreprise pour son propre compte. En ce cas, dit notre texte, si un associé a profité de cette clause et a tout conservé pour son propre compte, les autres, s'ils n'ont pas été remboursés, ont le choix entre l'action *pro socio* et l'action *venditi*. Ils ont l'action *pro socio*, parce qu'en demandant d'être remboursés, ils ne demandent rien que l'exécution d'une clause ajoutée au contrat de société; ils ont l'action *venditi* parce que cette même clause renferme implicitement une véritable vente, une vente de la part que chaque associé avait dans la société moyennant le remboursement de la somme totale déboursée par chaque associé, somme qui constitue un véritable prix (1). »

L'action *pro socio* sera préférable si l'associé est solvable; dans le cas contraire, l'action *ex vendito* vaudra mieux, à cause du bénéfice de compétence qui ne pourra être opposé. L'emploi d'une des deux actions a pour effet d'exclure l'autre, car elles tendent toutes deux *ad rei persecutionem* (loi 50, *Pro socio*).

(1) Molitor, *Oblig. d'après le droit romain*, t. II, n° 663.

4° *Concours de l'action PRO SOCIO avec l'action LOCATI CONDUCTI, MANDATI, etc.*

Ce concours peut avoir lieu lorsqu'un associé a loué à la société son immeuble pour faire un magasin, lorsqu'il a reçu un mandat, etc. Il aura au choix l'action spéciale *locati, mandati*, etc., ou l'action générale *pro socio*.

5° *Concours de l'action PRO SOCIO avec la CONDICTIO EX LEGE.*

Nous avons déjà vu, en nous occupant des droits des associés, que, d'après un sénatus-consulte de Marc-Aurèle, l'associé, qui a réparé la maison commune à ses frais, est autorisé soit à réclamer son capital avec les intérêts, soit à s'approprier l'immeuble, dans les quatre mois du rétablissement de la maison. L'associé, dit la loi 52, § 10, *Pro socio*, pourra atteindre ce résultat par une *condictio*. La *condictio ex lege* dont il s'agit, sera préférable dans bien des cas, car elle emporte avec elle le privilège, en vertu duquel celui qui a fait les réparations est préféré à tous les autres créanciers. Mais l'associé peut parfaitement bien renoncer à ce privilège et agir, s'il le préfère, par l'action *pro socio*, pour obtenir, *id quod intererat* (loi 52, § 10, *Pro socio*).

6° *Concours de l'action PRO SOCIO avec la CONDICTIO FURTIVA.*

L'associé qui s'est rendu coupable d'un vol, au préjudice des autres associés, peut être poursuivi soit par la *condictio furtiva*, soit par l'action *pro socio*. La *condictio furtiva* est, en général, plus avantageuse que l'action *pro socio*; en effet, la chose est estimée à la plus haute valeur qu'elle a atteinte depuis le vol et, de plus, l'obligation pour le voleur de restituer n'est pas éteinte

par la perte arrivée par cas fortuit; l'action *pro socio* est moins étendue, elle ne protège point contre la perte par cas fortuit et n'autorise pas toujours une estimation analogue à celle qui a lieu à l'occasion de la *condictio*. Toutefois, Ulpien, dans la loi 47, *Pro socio*, suppose que, dans certains cas, l'action *pro socio* peut être plus avantageuse. Cela se comprend, car l'action *pro socio* étant une action de bonne foi, permet d'obtenir certaines indemnités qui n'entrent pas dans la *condictio*, action de droit strict. Dans tous les cas, si les associés ont été complètement désintéressés par l'une des deux actions, ils ne pourront plus intenter l'autre.

7° *Concours de l'action PRO SOCIO avec une action pénale bilatérale.*

L'associé voleur est passible aussi de l'action *furti*, action *pænæ persecutoria*, par laquelle les associés obtiendront le double ou le quadruple de la valeur du préjudice causé. Par l'action *pro socio*, les associés lésés réclament l'objet volé ou sa valeur, la restitution des fruits et la réparation du préjudice. Ces deux actions peuvent concourir, car elles n'ont pas le même but (loi 45, *Pro socio*). Remarquons qu'il n'y a lieu à l'action *furti* qu'autant que l'associé aurait distrait la chose frauduleusement, par dol. Il faut généralement présumer que celui qui est propriétaire indivis d'une chose, a moins voulu commettre un vol que se servir de la chose en vertu de son droit (loi 51 pr., *Pro socio*).

Il peut y avoir concours entre l'action *pro socio* et toutes les actions pénales nées d'un délit dont un associé se serait rendu coupable envers ses coassociés; notamment les actions suivantes : l'action résultant de la loi *Fabia* (loi 51, § 1, *Pro socio*) et l'action *servi corrupti*

(loi 9, § 2, *De servo corrupto*). Ces deux actions sont purement pénales. La première action aura lieu lorsqu'un associé s'est rendu coupable de détournement d'un esclave social, et la seconde lorsqu'il a commis le délit de corruption d'esclave qui consistait à prêter asile à un esclave fugitif ou à lui donner de mauvais conseils (loi 1, § 2, D., lib. XI, t. III).

Dans ces deux cas, comme pour le vol ordinaire, il faut rechercher l'intention de l'associé en appliquant la présomption de la loi 51, § 1, *Pro socio* (V. aussi loi 9 pr., lib. XI, t. III, D.).

7° *Concours de l'action PRO SOCIO avec une action pénale mixte.*

Un dommage, un *damnum injuria datum*, a été causé par un des associés. Dans ce cas, les règles établies par la loi *Aquilia* trouvent leur application dans les rapports des associés : « *Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum, et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt* » (loi 47, § 1, *Pro socio*). « *Sed nihilominus et pro socio tenetur*, » ajoute Paul dans la loi 48 du même titre. Les associés lésés auront donc deux actions. L'action de la loi *Aquilia* est une action mixte : elle est pénale car la condamnation qu'elle entraîne peut être supérieure au dommage causé ⁽¹⁾; elle est *rei persecutoria*, car elle tend directement à la réparation du dommage. L'action *pro socio* n'aboutit qu'à la simple réparation du préjudice causé. Comment régler le concours de ces deux actions?

(1) L'associé peut être condamné à la plus haute valeur de la chose détruite ou détériorée pendant le courant de l'année, ou bien à la plus haute valeur de l'objet endommagé, dans les trente jours qui ont précédé le délit. De plus, l'associé qui nie subir une condamnation au double de la valeur de l'objet.

Si on suppose qu'un associé a tué un esclave commun (loi 49, *Pro socio*), et que l'esclave a eu la même valeur pendant toute l'année, les deux actions *Pro socio* et *legis Aquiliæ*, tendant uniquement à la *rei persecutio* ne pourront être employées cumulativement (loi 50, *Pro socio*). Mais si l'esclave a diminué de valeur, l'action de la loi *Aquilia* sera utilement intentée après l'exercice de l'action *pro socio*, de sorte que les associés peuvent demander ce qu'ils n'ont pu obtenir par cette dernière, c'est-à-dire ce qui est accordé à la victime, par la loi, à titre de peine contre le délinquant. La solution que nous donnons est consacrée formellement dans la loi 41, § 1, D., lib. XLIV, t. VII, *De oblig. et act.* : « *Si ex eodem facto dux competant actiones, postea iudicis potius partes esse ut quo plus sit in reliqua actione id actor ferat* ⁽¹⁾. »

Remarquons, enfin, que l'action de la loi *Aquilia* ne peut être intentée contre les héritiers de l'associé coupable que : « *Duntaxat de eo quod ad eos pervenit* » (loi 17, § 1, *De dolo malo*), tandis que l'action *pro socio* permet d'obtenir une indemnité intégrale.

(1) On est généralement d'accord pour faire subir une correction aux derniers mots de cette loi : « *Si tantundem aut minus id consequatur.* » Cujas lit : *nihil consequatur* ; de Savigny : *id non consequatur*. Le résultat est le même.

CHAPITRE V.

De la dissolution de la Société et de ses conséquences.

SECTION PREMIÈRE.

De la dissolution de la Société.

Modestin nous indique plusieurs causes de dissolution des sociétés : « *Dissociamur renuntiatione, morte, capitis minutione et egestate* » (loi 4, § 1, *Pro socio*). L'énumération donnée par Ulpien est plus complète : « *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione; ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas* » (loi 63, § 10, *Pro socio*). Nous suivrons l'ordre indiqué par Ulpien.

§ 1. *Dissolution* EX-PERSONIS.

Ce mode de dissolution a lieu dans les cas suivants :

1° *Mort de l'un des associés*. Le contrat de société se forme, nous l'avons déjà dit, *intuitu personæ*, c'est-à-dire que chacun prend en considération les qualités per-

sonnelles et les aptitudes spéciales de ses associés. « On ne veut pas simplement, dit M. Accarias, faire telle affaire, on veut surtout la faire avec telles personnes (1). » Aussi, en cas de décès de l'un des associés, la société ne peut continuer avec les héritiers de l'associé défunt (loi 59 pr., *Pro socio*); elle ne continuera même pas entre les associés survivants, car la personne du défunt a pu être prise en considération exclusive par chacun des contractants. Mais, les associés survivants peuvent incontestablement former une nouvelle société avec l'héritier du défunt (loi 37, *Pro socio*). Les associés auraient pu même convenir, dans le contrat primitif, que la société continuera entre les survivants (loi 65, § 9, *Pro socio*), mais la clause portant continuation de la société avec les héritiers de l'associé défunt serait de nul effet : « *Adeo morte socii dissolvitur societas, ut nec ab initio possimus pacisci, ut heres (etiam) succedat societati* » (loi 59 pr., *Pro socio*). C'est là une conséquence non-seulement de l'*intuitu personæ*, mais aussi de ce que jusqu'au décès d'un individu quelconque, nul ne peut savoir qui sera son héritier (2) (loi 35, loi 52, § 9, *Pro socio*).

Bien que la société soit dissoute par la mort de l'un des associés, les affaires commencées ne doivent pas être brusquement interrompues; l'héritier de l'associé prédécédé, est tenu de terminer les opérations commen-

(1) M. Accarias, *Précis de droit romain*, tome II, p. 492.

(2) Un associé ne peut dans le contrat de société désigner son héritier. En effet, s'il a désigné son héritier légitime, la clause est nulle, car on ne peut renoncer au droit de tester. Si, au contraire, il a désigné un étranger à l'hérédité *ab intestat*, la clause est encore nulle, car on ne peut instituer un héritier dans un contrat; cela ne peut se faire que dans un testament *jure perfectum* (loi 52, § 9, *Pro socio*).

cées par le défunt. Pomponius nous dit, en effet : « *Heres socii, quamvis socius non est, tamen ea, quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent : in quibus dolus ejus admitti potest* » (loi 40, *Pro socio*). Les associés survivants sont également obligés d'achever les opérations par eux commencées; s'ils ignorent la mort de leur coassocié et font de bonne foi des actes nouveaux, ces actes seront pour le compte de la société qui sera censée exister, de sorte que l'héritier du défunt doit supporter sa part dans les pertes et a droit de réclamer une part dans les bénéfices qui auraient pu être faits (loi 65, § 10, *Pro socio*).

Quant à ce qui s'est fait avant la dissolution, l'héritier succède aux droits et aux obligations de son auteur : il est responsable de la faute et du dol dont celui-ci s'est rendu coupable (loi 36, *Pro socio*), il a droit de prendre sa part des bénéfices réalisés pendant la durée de la société (loi 65, § 2, *Pro socio*). Au reste, les associés sont tenus envers lui de la même manière dont il est obligé envers eux. Paul nous dit, dans la loi 65, § 9 *in fine*, *Pro socio* : « *Item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet, tam ab herede quam heredi præstandum est.* »

Après la dissolution de la société, l'héritier et les associés survivants se trouvent dans l'indivision. Ils doivent se partager les bénéfices aussi bien que les pertes, et ils ont à cet effet les uns contre les autres l'action *communi dividundo*.

Remarquons que les sociétés vectigaliennes subsistent nonobstant la mort d'un de leurs membres, à moins que l'associé défunt ne soit indispensable à la conduite des opérations sociales. Les deux lois, assez obscures, qui

régissent la matière sont : loi 59 pr., et loi 63, § 8, *Pro socio*.

2° *Maxima et media capitis deminutio*. L'une et l'autre, assimilées à la mort naturelle, entraînent la dissolution de la société (loi 63, § 10, *Pro socio*). La *maxima capitis deminutio* a pour effet de priver à la fois de la cité et de la liberté (*Inst. Just.*, § 1, *De cap. dem.*). Elle atteint l'affranchi ingrat, le majeur de vingt et un ans qui s'est vendu pour participer au prix, et, enfin, celui qui devient esclave de la peine. La *media*, encourue par celui auquel on a interdit l'eau et le feu, ou qui est déporté dans une île, fait perdre la cité. Remarquons que rien ne s'oppose à la création d'une nouvelle société, sur les mêmes bases et entre les mêmes personnes, pourvu que le *capite minutus* ait conservé la capacité de contracter.

La *minima capitis deminutio*, qui consiste à changer de famille sans perdre, ni la liberté, ni la cité, amenait aussi, dans l'ancien droit, la dissolution de la société. Gaïus ne distingue pas et dit d'une manière générale : « *Morti acquiparari dicitur* » (Com. III, § 153). Dans le droit de Justinien, elle n'a pas cet effet ; si elle transforme la personne, au moins n'est-elle pas de nature à détruire la confiance réciproque des associés. Ainsi, un associé, fils de famille, est émancipé par son père, Julien nous dit, que l'ancienne société subsiste (loi 58, § 2, *Pro socio*). Seulement les associés auront, en ce cas, deux actions : une contre le père, qui sera exercée à raison des faits antérieurs à l'émancipation, ce sera, suivant les cas, l'action *pro socio, quod jussu* ou de *peculio* ; l'autre contre le fils, et ils pourront l'exercer tant à raison des actes antérieurs à l'émancipation qu'à raison de ceux qui ont suivi le changement d'état du fils, car un fils

de famille s'oblige civilement en contractant avec des étrangers. Si l'un des coassociés du fils s'est rendu coupable de dol, ce sera le père qui aura l'action si la créance est née avant l'émancipation; s'il s'agit, au contraire, d'une créance née après, le fils seul pourra exercer l'action (loi 58, § 2 *in fine*, *Pro socio*).

En supposant qu'un associé *sui juris* se donne en adrogation, la société subsiste également. L'adrogeant ne prend pas la place de l'adrogé, car, nous dit Paul, dans la loi 55, § 11, *Pro socio*: personne n'est tenu d'être associé avec quelqu'un qu'il n'a pas choisi. En ce cas, comme l'adrogé, d'après le droit civil, se trouve libéré des dettes qu'il a pu contracter vis-à-vis de ses coassociés, le prêteur intervient et leur donne une action utile contre l'adrogé. Et si l'adrogé n'est pas défendu, le prêteur autorisera la vente de tous les biens qui lui appartenaient (Gaïus, III, § 84 et IV, § 38).

3° *Publicatio*. La confiscation totale des biens d'un associé dissout la société, car l'universalité de ses biens devient la propriété du fisc et l'associé est réputé mort dès ce moment (loi 65, § 12, *Pro socio; Inst.*, § 7, lib. III, t. xxv).

4° *Egestas*. L'indigence d'un associé est encore considérée par les Romains, comme une cause de dissolution: « *Item bonis a creditoribus venditis unius socii, distrahi societatem Labeo ait* » (loi 65, § 1, *Pro socio; Inst. De soc.*, § 8). Dans l'ancien droit, la vente des biens se faisait en masse sous forme de *venditio bonorum* ⁽¹⁾. Sous Justinien, les biens se vendent séparément; la *distractio bonorum* n'était plus un mode d'acquisition à titre uni-

(1) Gaïus, III, § 154.

versel et n'entraînait plus la mort civile, mais, au point de vue de notre sujet, elle produisait les mêmes effets.

§ 2. *Dissolution de la société* EX-REBUS.

Il y a lieu à la dissolution de la société *ex-rebus* dans les cas suivants :

1° Lorsque le fonds social tout entier vient à périr ou a été mis hors du commerce (loi 63, § 10, *Pro socio*). C'est là une conséquence inévitable lorsqu'il s'agit des sociétés particulières. En ce qui concerne les sociétés universelles, quand même tous les biens présents viendraient à périr, elles subsistent, car les associés peuvent toujours avoir l'espoir de bénéfices futurs.

Quant à la perte d'une ou de plusieurs choses de la société, nous avons déjà indiqué les distinctions qu'il faut faire à cet égard et dans quels cas la société doit prendre fin. Nous ne reviendrons pas sur ce point.

2° Lorsqu'il survient un événement qui rend la réalisation du but social impossible, par exemple, une loi qui viendrait prohiber l'opération pour laquelle la société a été contractée, la société se trouverait forcément dissoute.

3° La société est dissoute aussi lorsque les opérations qui faisaient son objet se trouvent terminées. C'est là un mode de dissolution spécial aux sociétés *alicujus negotiationis* (loi 65, § 10, *Pro socio*; *Inst.*, lib. III, t. xxv, § 6).

§ 3. *Dissolution de la société* EX-VOLUNTATE.

La société se dissout *ex-voluntate* : 1° par le mutuel dissentiment; 2° par la renonciation d'un seul ou de plusieurs associés (loi 65, § 3, *Pro socio*; *Inst.*, lib. III, t. xxv, § 4).

1° |Le mutuel dissentiment est un mode de dissolution commun à tous les contrats consensuels : « *Quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest* (loi 80, C., lib. XLVI, t. III; *Inst.*, l. III, t. xxix, § 4). Il n'est point nécessaire que la volonté des parties soit manifestée d'une manière expresse à cet égard; il suffit qu'elle puisse s'induire des faits, tacitement, par exemple, lorsque chacun des associés fait des affaires séparément et pour son propre compte : « *Itaque cum separatim socii agere cœperint, et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio jus societatis dissolvitur* » (loi 64, *Pro socio*).

2° La dissolution de la société est provoquée par la renonciation d'un seul ou de plusieurs associés (loi 63, § 10, *Pro socio*). Il faut faire, en ce cas, une distinction entre les sociétés contractées pour un temps indéterminé et celles contractées à terme fixe.

a) La société a été contractée pour un temps indéterminé. En principe, chaque associé a le droit de rompre le contrat en renonçant à la société : « *In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri* (loi 5, C., lib. III, t. xxxvii). En effet, l'associé est engagé dans les rapports qui exigent une confiance réciproque et il ne peut

être contraint de les continuer lorsque cette confiance et la fraternité qui en résulte ont disparu. Ceci explique aussi pourquoi, la clause « *ne abeat* », par laquelle les associés se seraient d'avance interdit de renoncer, était nulle ⁽¹⁾ (loi 14, *Pro socio*).

Toutefois, il faut que la renonciation soit exempte de fraude, faite en temps opportun et notifiée aux intéressés.

La renonciation ne doit pas être frauduleuse, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas tendre à priver les associés de leur part dans une acquisition, que dès à présent il dépend du renonçant de réaliser. Les jurisconsultes présentent quelques hypothèses, dans lesquelles la renonciation serait entachée de dol : c'est d'abord le cas où un associé de tous biens renonce à la société afin de bénéficier seul d'une hérédité déjà ouverte mais non encore acceptée (loi 65, § 3, *Pro socio*); ensuite l'hypothèse d'un associé renonçant à une société formée pour l'acquisition d'un objet, dans le but d'en faire seul l'acquisition. Mais, dans ce dernier cas, l'associé ne serait pas coupable de mauvaise foi, ajoute la loi 65, § 4, s'il ne renonce que parce que l'opération ne lui convient plus.

La renonciation ne doit pas être faite à contre temps. Ce qui arriverait si elle était faite à une époque où il importait à la société de n'être pas dissoute. Labéon cite l'exemple suivant : Une société a été constituée pour le

(1) Il faut se garder d'expliquer la nullité de la clause « *ne abeat* » par la règle d'après laquelle nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Ce qui le prouve bien, dit M. Accarias, c'est que l'on peut pour un temps déterminé s'interdire de demander le partage, mais non pas de renoncer à la société (*Précis de droit romain*, p. 506, note 3, t. II).

commerce des esclaves; après que les esclaves ont été achetés et à un moment où la vente en est défavorable, un associé veut dissoudre la société; il est passible de l'action *pro socio* pour la réparation du dommage causé. Du reste, remarque Proculus, c'est l'intérêt de la société qu'il faut considérer, et non l'intérêt particulier de l'un des associés, pour savoir si la renonciation est intempestive (loi 65, § 5, *Pro socio*).

Enfin, la renonciation doit être notifiée à tous les associés. Ceci résulte de plusieurs textes : la loi 18, *Pro socio*, nous dit que lorsqu'une société a été contractée par un esclave sur l'ordre de son maître, il ne suffit pas pour rompre la société, que le maître ordonne à son esclave de se retirer, il faut que sa volonté soit portée à la connaissance de tous les associés. De même, la loi 17, § 1, *Pro socio*, qui dit, que la renonciation ne peut avoir lieu en l'absence d'un des associés.

La sanction de la renonciation, qui ne réunit pas ces trois conditions, consiste en ce qu'elle est opposable à l'associé de qui elle émane et ne peut être opposée par lui à ses associés : « *Socium a se, non se a socio liberat* » (loi 65, § 6, *Pro socio*). Il en résulte que l'associé renonçant, tout en restant étranger aux bénéfices réalisés par ses coassociés postérieurement à sa renonciation, est tenu de leur communiquer soit les profits dont il voulait les priver, soit les gains faits avant la notification; s'il a renoncé à contre-temps, il doit compte à la société du dommage qu'il lui a causé; enfin, tandis qu'il est obligé de participer aux pertes éprouvées par ses coassociés, il supporte seul celles résultant de ses opérations (loi 65, §§ 3, 4, 5, 6; loi 17, § 1, *Pro socio*). Toutefois les associés n'ont aucun droit sur les bénéfices autres que ceux que

le renonçant avait en vue de s'approprier à leur préjudice : « *Quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo* » (loi 65, § 3 *in fine, Pro socio*).

La loi 65, § 7, *Pro socio*, nous apprend qu'un associé peut renoncer à la société *per procuratorem*. La question ne fait pas de doute lorsqu'il s'agit d'un mandat spécial. Mais le droit de renoncer appartient-il à un mandataire général, chargé de gérer les affaires d'un associé? Paul se prononce pour l'affirmative, à moins que, ajoute-t-il, le mandat ne contienne une clause prohibitive à cet égard. De même la renonciation peut être valablement notifiée au mandataire de son associé (loi 65, § 8, *Pro socio*).

Le curateur de l'associé *furiosus* peut-il renoncer à la société? Cette question, très controversée dans l'ancien droit, est tranchée par Justinien dans le sens de l'affirmative : « *Licentiam habere furiosi curatorem dissolvere societatem furiosi et sociis licere ei renunciare* » (loi 7, C., lib. IV, t. xxxvii.)

b) La société a été contractée à terme fixe.

Les associés conservent toujours le droit de renoncer et cela même avant l'arrivée du terme. Nous avons vu que la clause par laquelle ils renonceraient à ce droit, serait nulle. Seulement, dans ce cas, par cela seul qu'un associé renonce avant le terme fixé, sa renonciation est considérée, comme intempestive et faite en violation de la bonne foi. Dès lors : « *Socium a se, non se a socio liberat* » (loi 65, § 6, *Pro socio*).

Toutefois, l'associé pourrait renoncer à la société, sans que la renonciation soit réputée faite à contre-temps, lorsqu'il peut justifier des motifs légitimes. Les textes nous donnent des exemples de pareils motifs : lorsqu'un

associé aurait à se plaindre de l'inexécution des engagements contractés par ses coassociés, ou de l'incapacité de l'un d'entre eux à administrer les affaires sociales (loi 14, D., *Pro socio*); lorsqu'il ne lui serait pas permis de se servir des choses sociales (loi 15, *Pro socio*); enfin, la renonciation d'un associé serait justement motivée, lorsqu'il est forcé de s'absenter pendant longtemps pour le service de la République (loi 16 pr., *Pro socio*). Remarquons que, le terme n'étant pas par lui-même une cause d'extinction des obligations, la société n'est pas dissoute de plein droit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. Seulement les associés peuvent dorénavant renoncer sans justifier d'aucun motif.

§ 4. *Dissolution de la société* EX-ACTIONE.

Paul nous dit, dans la loi 65 pr., *Pro socio* : « *Actione distrahitur cum aut stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis.* » Il en résulte que la société est dissoute *ex-actione* : a) Lorsque les associés ont transformé, *novandi animo*, leurs obligations respectives, au moyen d'une stipulation; l'action *pro socio* se trouve éteinte par la novation et il y aura lieu à l'action *ex stipulatu*. Nous avons déjà vu qu'il faut distinguer avec soin le cas où les parties ont agi *novandi animo* et celui où elles ont simplement voulu adjoindre au contrat une clause pénale (loi 71 pr., *Pro socio*). b) La société est dissoute *judicio* par la délivrance de la formule de l'action *pro socio*, lorsque cette action a pour objet la liquidation générale et le règlement définitif des comptes des as-

sociés. Et il ne faut pas confondre ce mode de dissolution avec la renonciation de l'un des associés; celle-ci, en substituant l'indivision à la société, laisse subsister les obligations antérieures; la *litis contestatio*, au contraire, opérant une sorte de novation, éteint soit de plein droit, soit à l'aide d'une exception, les obligations antérieures et donne naissance à des obligations nouvelles (Gaïus, C. III, §§ 180 et 181).

SECTION II.

Conséquences de la dissolution de la société.

La dissolution de la société amène la liquidation et le partage. La *liquidation* est une opération qui précède le partage et qui a pour but de faire rentrer les créances, de payer les dettes, de recevoir les comptes de chaque associé, de connaître le résultat net de l'opération. Elle comprend donc les rapports et les prélèvements.

Rapports. L'associé peut être débiteur de dommages et intérêts, lorsqu'il n'a pas fourni à temps l'apport convenu; de même, lorsqu'il y a un dommage causé à la société par une personne dont il est responsable, le croupier; il doit rapporter les fruits et les profits qu'il n'aurait pas encore communiqués; d'une manière générale, l'associé doit payer tout ce qu'il doit à la société. Nous avons déjà examiné ce point en traitant des rapports des associés entre eux.

Prélèvements. Un associé a le droit de se faire indemniser lorsqu'il a fait des dépenses dans l'intérêt social;

de même, s'il a subi des pertes *propter societatem*; il peut réclamer les acquisitions faites par l'esclave commun, avec son argent, car : « *Bonæ fidei convenit ut unusquisque præcipuum habeat, quod ex re ejus servus adquisierit* » (loi 24 pr., *Com. div.*). D'une manière générale, chaque associé a le droit de prélever, au moment du partage, ce qui lui est dû par la société. Lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée à terme, ou sous condition et dont le terme n'est pas échu, ou la condition n'est pas encore réalisée, le droit de l'associé se borne à exiger une caution de ses associés : « *Cum dies venerit defensu iri socium* » (lois 27 et 28, *Pro socio*).

Les associés peuvent dans certains cas prélever l'apport qu'ils ont fait à la société. Mais dans quel cas ce prélèvement peut-il avoir lieu? Il faut distinguer suivant que les associés ont apporté la pleine propriété des choses mises en commun, ou simplement la jouissance. Dans la première hypothèse, le fonds social se partage entre les associés sans tenir compte de l'origine des biens; dans la seconde hypothèse, chaque associé prélève, avant le partage, son apport tel qu'il l'a fait (1).

Partant de là, on n'a qu'à suivre la volonté des associés, lorsqu'ils ont clairement indiqué, dans le contrat, la nature de leurs apports. Mais que faut-il décider lorsque les parties n'ont pas manifesté leur intention, à cet égard, dans la convention? Doit-on présumer que

(1) La question de prélèvement des apports ne peut se présenter que dans les sociétés particulières. Dans les sociétés universelles le prélèvement ne peut jamais avoir lieu, car, dans la société *omnium bonorum* les associés apportent la pleine propriété de tous leurs biens présents et à venir, et dans la société *omnium quæ ex quæstu veniunt*, il n'y a pas de distinction à faire, puisqu'elle ne comprend jamais que les bénéfices réalisés.

les apports ont été faits quant à la propriété (*quoad sortem*) ou bien seulement quant à la jouissance (*quoad usum*)? Nous avons déjà examiné cette question, très controversée, à propos de la garantie et de la question des risques. Le juge appelé à donner une solution, décidera suivant les circonstances et surtout d'après la nature des choses apportées : ainsi l'apport en propriété serait présumé, s'il s'agit des choses fongibles et de celles dont l'usage n'est pas possible sans consommation; la présomption contraire serait admise à l'égard des immeubles, des instruments de travail et d'autres objets qui peuvent faire atteindre le but de la société sans qu'une communication de propriété soit nécessaire⁽¹⁾.

Partage. Les rapports et les prélèvements effectués, la liquidation est accomplie. La masse à partager étant ainsi formée, il y a lieu à procéder à la répartition des bénéfices ou des pertes, s'il n'y a pas de bénéfices, entre les différents associés. On entend par bénéfices, les bénéfices définitifs, déduction faite des pertes et par pertes, les pertes nettes : « *neque enim lucrum intelligitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto* » (loi 30, *Pro socio*).

Quelles sont les règles qu'on doit suivre en ce qui concerne cette répartition ?

Trois hypothèses peuvent se présenter : 1° les parts ont été réglées par les associés dans le contrat; 2° les associés ont confié le règlement des parts sociales à un tiers; 3° les associés ont gardé le silence sur le règlement des parts. Nous dirons quelques mots sur chacune de ces hypothèses.

(1) Voir page 49.

1° Les parts ont été réglées par les associés, dans le contrat. En principe, les associés ont une grande liberté dans le règlement du partage de la société : « *Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent,* » nous dit Justinien dans le § 1, *Inst.*, lib. III, t. xxv. Mais la convention n'est valable qu'autant qu'elle ne contient rien de contraire ni à l'équité, que le *jus fraternitatis* suppose, ni au but de la société qui est d'aboutir pour tous à un résultat de même nature, bénéfices ou pertes. C'est ainsi que les parties ne peuvent convenir que tous les bénéfices appartiendront à l'un des associés. Il y aurait, ainsi, une société léonine, qui est déclarée nulle, parce qu'il manque une condition essentielle, l'intérêt commun.

Les associés peuvent convenir par exemple, que les parts seront inégales. On n'a jamais douté, nous dit Justinien : « *Quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duæ partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia.* » Ulpien admet aussi la validité de cette convention (loi 29 pr., *Pro socio*), mais il paraît introduire une restriction lorsqu'il dit : « *Si modo aliquid plus contulit societati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscumque alterius rei causa.* » Est-ce à dire qu'il y ait contradiction entre Ulpien et Justinien? Nous ne le croyons pas : « La vérité est, dit M. Accarias, que dans l'opinion de tous, une telle convention ne vaut qu'autant que les apports sont réellement inégaux, mais qu'elle fait présumer cette inégalité, et qu'en conséquence, elle est tenue pour valable jusqu'à preuve contraire (1). »

Les associés peuvent-ils convenir que l'un d'eux pren-

(1) M. Accarias, *Précis de droit romain*, p. 498, t. II. *Contra* : Molitor, *Oblig. d'ap. le droit romain*, t. II, n° 633.

draît dans les bénéfices une part différente de celle qu'il devrait supporter dans les pertes? Anciennement la question a été l'objet d'une grande controverse (Gaius, § 149 et *Inst. de Soc.*, § 2 ⁽¹⁾). L'affirmative a prévalu. La raison donnée par les *Institutes* est que, souvent l'industrie d'un associé, les services qu'il rend à la société, ont tant de valeur, qu'il est juste de lui faire une condition meilleure (*Inst. Just.*, lib. III, t. xxv, § 2). Rappelons ici qu'on doit toujours entendre par bénéfices, les bénéfices nets, et par pertes, les pertes nettes (loi 30, *Pro socio*).

Enfin, peut-il être convenu que l'un des associés participera aux bénéfices sans participer aux pertes? Une pareille convention est parfaitement valable, mais à la condition, nous dit Ulpien, que l'associé affranchi de la contribution aux pertes ait apporté en travail, en industrie ou en crédit, plus que ses associés (loi 29, § 1, *Pro socio*). Et si les *Institutes* négligent de mentionner cette condition, c'est sans doute, dit M. Accarias, parce qu'elle est réputée remplie par cela seul qu'un des associés est

(1) La clause était déclarée nulle par Quintus Mucius, tandis que Servius Sulpicius, dont l'opinion a prévalu, professait l'opinion contraire (*Inst.*, III, t. xxv, § 2). D'un autre côté, la loi 30, *Pro socio*, porte : « *Mucius lib. XIV scribit non posse societatem coiri ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat. Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi.* » Comment concilier la loi 30, *Pro socio*, avec le § 2 des *Inst.*? Pour expliquer ces deux textes, il faut se placer à deux époques différentes de l'existence de la société. La clause dont il s'agit s'applique, à la dissolution de la société, sur le bénéfice net; tout le monde est d'accord sur ce point. C'est là l'espèce de la loi 30. Mais si l'on se place à l'époque de la création de la société, Mucius pense que la clause est nulle et Servius, dont l'opinion a prévalu, l'estime au contraire valable; c'est l'espèce posée par les *Institutes*.

déclaré étranger aux pertes et jusqu'à preuve contraire ⁽¹⁾.

2° Les associés ont confié le règlement des parts sociales à un tiers. Si le tiers, que les parties avaient désigné dans la convention, meurt avant d'avoir rempli sa mission, ou s'il ne consent pas de s'en charger, la société est nulle : « *Nam idipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit* » (loi 75, *Pro socio*). L'arbitre lorsqu'il remplit sa mission, peut, s'il le croit juste, attribuer à l'un des associés une part supérieure à celle d'un autre. Ce droit d'appréciation pour l'arbitre résulte de sa nomination même; son rôle consiste précisément à apprécier le rapport réel des mises et à régler en conséquence les parts dans le gain et dans la perte (lois 6 et 80, *Pro socio*).

Dans notre matière le choix de l'arbitre a pour objet d'obtenir une décision conforme à l'arbitrage d'un homme de bien, *boni viri arbitrium* (lois 76, 78 et loi 6, *Pro socio*). Aussi, sa décision, quoique obligatoire, en principe, pour les associés, peut être attaquée et réformée lorsqu'elle est d'une injustice manifeste (loi 79, *Pro socio* ⁽²⁾).

Si les parties ont convenu de s'en rapporter à un arbitre sans l'avoir autrement désigné, la société était valablement formée; ceci résulte de la loi 76 *in fine* : « *Etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat.* » Le juge nommera l'arbitre si les associés ne s'entendaient pas sur le choix.

3° Les associés ont gardé le silence sur le règlement

(1) M. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 500.

(2) Il résulte que les contractants peuvent choisir comme arbitre l'un d'eux, car ils n'ont pas à craindre une décision arbitraire (M. Accarias.)

des parts. Dans le silence de la convention, les parts des associés sont égales, ce qui doit s'entendre d'une égalité absolue, c'est-à-dire d'une part virile : « *Si non fuerint partes societati adjectæ, æquas esse constat*, » dit Ulpien, dans la loi 29 pr., *Pro socio*. Gaius (C. III, § 150) et Justinien (*Inst.*, lib. III, t. xxv, § 1) donnent une solution semblable et se servent des mêmes expressions : *Æquis ex partibus; Æquales partes*.

Quelques interprètes, parmi lesquels se trouve Vinnius ⁽¹⁾, ont soutenu que dans le cas qui nous occupe, les parts devaient être proportionnelles aux mises. On se fonde dans ce système sur les lois 6 et 80, *Pro socio*, qui nous disent que l'arbitre chargé de fixer les parts n'est pas tenu de les faire toutes égales, mais qu'il doit les proportionner à la valeur des mises. C'est là, dit-on, une règle très équitable et la bonne foi, dont on doit toujours tenir compte lorsqu'il s'agit d'une société, exige qu'elle soit suivie si les associés ont gardé le silence. Quant aux expressions employées par la loi 29 pr. : « *Si non fuerint partes societati adjectæ æquas eas esse constat*, » dans l'opinion de ses auteurs, elles n'ont pas le sens que nous lui avons donné; d'après eux, la loi 29 pr., n'établit une règle que pour le cas où l'on ne sait pas en quelle proportion chaque associé a contribué au fonds social.

Cette théorie, rejetée autrefois par Domat ⁽²⁾ et Pothier ⁽³⁾, est aujourd'hui complètement abandonnée. En effet, outre qu'il est très difficile d'interpréter les mots *æquales partes*, *æquas partes*, qui se trouvent dans les

(1) Vinnius, *Inst.*, n° 2.

(2) Domat, liv. I, tit. VIII, I Sect., § 4.

(3) Pothier, *Sociétés*, n° 73.

textes cités plus haut, autrement que comme signifiant *parts viriles*, le sens d'un de ces textes, la loi 29 pr., resterait, dans l'opinion que nous repoussons, tout à fait inexplicable; Ulpien, dans ce texte, après avoir dit que le silence des associés entraîne égalité des parts, se demande tout aussitôt si les parties ont pu convenir, qu'elles auraient des parts inégales dans les bénéfices. Or, cette question n'eût pas pu se poser, si en cas d'inégalité des mises, l'inégalité de répartition eût été de droit commun. La même doctrine résulte de la loi 5, § 4, *Pro socio*, d'après laquelle une société de tous biens peut valablement être contractée entre personnes de fortunes inégales. Si Ulpien croit devoir trancher cette question, c'est apparemment qu'on avait eu des doutes sur la validité d'une pareille société. « Et pourquoi donc ces doutes, dit M. Accarias, si les bénéfices et les pertes devaient se partager proportionnellement aux mises (1)? » Au surplus, chez les Romains, il était très-difficile de reconnaître, lors de la dissolution, quel a été le montant de l'apport de chaque associé. Et si les parties n'ont rien dit, ne doit-on pas naturellement supposer que les apports étaient égaux? Enfin, un ou quelques-uns des associés peuvent n'avoir apporté que leur industrie; dans ce cas, comment appliquer la règle de l'égalité proportionnelle à défaut de convention? Cela ne serait possible que si la jurisprudence romaine avait, comme le Code civil (art. 1853), attribué une valeur légalement présumée à la mise industrielle; or, c'est ce qu'elle n'a fait nulle part (2).

(1) M. Accarias, *Précis de droit romain*, tom. II, p. 504.

(2) M. Ortolan, *Explication historique des Instit.*, tom. III, p. 305.

Quant à l'argument tiré des lois 6 et 80, *Pro socio*, il nous est facile de le repousser. Les dispositions de ces textes, loin d'être favorables au système que nous combattons, elles tournent contre lui; en effet, nous pouvons dire, que les parties en désignant un arbitre, montrent leur intention de recourir à un mode de répartition autre que celui du droit commun, c'est-à-dire autre que le partage par portions égales.

L'interprétation que nous donnons de la loi 29 pr., *Pro socio* se trouve confirmée par la *novelle* 103; l'empereur Léon y décide formellement qu'à défaut de convention les parts doivent être égales, les mises eussent-elles d'ailleurs été inégales.

Remarquons pour terminer qu'en ce qui concerne les pertes, lorsque les parties ont gardé le silence, elles sont réparties, comme nous l'avons décidé pour les bénéfices, par portions égales (loi 29 pr., *Pro socio*). S'il y a une convention et que les parties n'ont fixé les parts que dans les bénéfices, on suivra la même proportion pour la répartition des pertes. Si, au contraire, elles n'ont fixé que les parts dans les pertes, on doit leur attribuer les mêmes parts dans les bénéfices (Gaius, C. III, § 150, *Inst.*, l. III, t. xxv, § 3).

DROIT FRANÇAIS.



DE

L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS

ANONYMES.

DROIT FRANÇAIS.

DE

L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

INTRODUCTION.

Le trait caractéristique des sociétés par actions, c'est-à-dire la division du capital en actions d'égale valeur, cessibles par des procédés plus faciles que ceux qu'admet le droit commun, pouvant aisément se transmettre de main en main, en telle sorte que la personne des associés est susceptible d'y changer d'une manière continuelle et indéfinie, et qu'aucun d'eux n'y est en principe tenu des dettes sociales au delà de sa mise; ce trait caractéristique, disons-nous, faisait de ces sortes de sociétés quelque chose de tout à fait à part; et devait attirer tout particulièrement sur elles l'attention du législateur. Les deux formes sous lesquelles se présentent ces sociétés : la forme de la commandite par actions, et la forme de

l'anonymat, présentaient à ce point de vue à peu près le même danger. Il est vrai que, dans la commandite, on trouve, à côté du capital-actions, un élément de responsabilité personnelle qui est représenté par le gérant; et on a pu en conclure pendant longtemps que la société en commandite par actions ne réclamait pas une réglementation aussi énergique que la société anonyme; qu'il n'y avait aucune contradiction à admettre, quant à l'une, un régime de liberté, et, quant à l'autre, un régime de rigueur et de prohibitions. C'était là le système admis par le Code de 1807 : il soumettait au régime de l'autorisation préalable la société anonyme, et laissait au contraire pleine liberté, soit quant à sa constitution, soit quant à son fonctionnement, à la société en commandite. On sait comment plus tard, en 1856, le législateur s'est trouvé amené à restreindre et à limiter très rigoureusement cette liberté, qui avait entraîné après elle les plus graves abus; et comment enfin, en 1867, après l'essai partiel de 1863, il en arriva à mettre ces deux formes exactement sur la même ligne, accordant à l'une et à l'autre la même liberté avec les mêmes restrictions. Et en effet, dans l'intervalle, les événements avaient démontré que les dangers de la société en commandite étaient tout aussi grands que ceux de la société anonyme : la responsabilité personnelle du gérant, qui est souvent un homme aventureux, présentant une surface plus apparente que réelle, qui peut être un homme de paille, est, somme toute, une bien faible garantie pour les tiers et pour les associés eux-mêmes; et il en est ainsi surtout s'il s'agit, comme cela arrive d'ordinaire, d'une de ces immenses entreprises qui ne comptent que par millions, et auxquelles un patrimoine privé, si opulent qu'il fût, ne

saurait apporter qu'un faible appoint. Joignez à cela, du reste, que les administrateurs de la société anonyme, s'ils ne sont pas, comme le gérant, directement tenus de toutes les dettes sociales, sont au moins responsables personnellement toutes les fois qu'on peut leur imputer un dol ou une faute, et qu'ainsi la responsabilité personnelle existe à leur égard, aussi bien qu'à l'égard du gérant, dans les cas où elle est la plus utile. La responsabilité du gérant n'est donc ni un élément bien sérieux de sécurité pour les tiers, ni une gêne bien redoutable pour les lanceurs d'affaires qui cherchent à attirer le public par l'appât des promesses fallacieuses et des prospectus mensongers. Le véritable danger est ailleurs que dans l'absence de cette responsabilité chez les administrateurs de la société anonyme. Nous ne pouvons mieux faire, pour montrer en quoi consiste ce danger, et quelles sont les raisons qui peuvent motiver en cette matière une réglementation exceptionnelle, que de reproduire ici les observations du rapporteur du Corps législatif, lors de la discussion de la loi de 1867 :

« Quand un vendeur et un acheteur se rencontrent, dit ce rapport (1), on peut s'en remettre exclusivement à eux du soin de débattre librement les conditions du contrat; il y a là deux intérêts privés directement en lutte; c'est un débat sur des prétentions contradictoires nettement précisées; la vigilance des deux parties est en éveil, chacun est éclairé sur les questions à résoudre, et si l'erreur, le dol ou la fraude peuvent se glisser dans le contrat et le vicier, c'est là une exception, et la loi

(1) Tripier, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, tom. I, p. 95 et 96.

ouvre par l'action en nullité ou en rescision un utile et suffisant recours à la partie lésée. » Le rapporteur, M. Mathieu, fait ensuite observer que ces principes peuvent s'appliquer soit au contrat de mariage, soit au contrat même de société, lorsqu'il s'agit d'une de ces sociétés « créées en vue des personnes autant et plus que des capitaux, qui mettent les intérêts face à face et provoquent entre eux une discussion sérieuse, loyale, contradictoire, » et il cite en exemple les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple. « Mais les sociétés par actions, ajoute-t-il, sont loin d'offrir ce caractère. Créations pour ainsi dire artificielles de la loi, agrégations de capitaux sans responsabilité personnelle dans la société anonyme, avec une responsabilité isolée et affaiblie dans la commandite, elles n'offrent ni aux tiers, ni aux intéressés eux-mêmes, les garanties des conventions ordinaires, soit dans leur mode de formation, soit dans leur fonctionnement.

« A part les fondateurs, est-ce que les intéressés débattent et discutent les statuts? Est-ce qu'ils les connaissent et les lisent même? Ils le pourraient sans doute et le devraient, et s'ils ne le font pas on peut dire qu'ils sont coupables envers eux-mêmes et n'ont point à s'en prendre à la loi de leur imprévoyance. Mais le législateur ne peut envisager les choses à ce point de vue théorique et absolu. Il doit tenir compte des faits et de l'expérience. Or l'expérience enseigne que, attirés par un prospectus, les actionnaires souscrivent, et que, du pacte social, ils connaissent une seule chose, le bulletin de souscription au pied duquel ils apposent leur signature. Relativement aux stipulations de l'acte de société, il sont en fait, la plupart du temps, de véritables tiers.

» Quant aux tiers proprement dits, au public avec lequel la société est destinée à entrer en relations, à négocier, à contracter, sans doute la publicité leur révèle, à l'origine, les conditions dans lesquelles l'être moral, la société entre dans le monde des affaires..... Mais ce qui est vrai, c'est que la rapidité et le nombre des affaires, la bonne foi, qui en est l'âme, la multiplicité des points sur lesquels la société opère, en dehors de son centre, ne permettent pas d'étudier, à l'occasion de chaque opération, les stipulations sociales, comme cela se fait lorsqu'on traite avec une femme dotale une affaire isolée. Il est facile de dire : « Eh bien ! quand on voudra entrer dans une société ou contracter avec elle, on devra s'informer, se renseigner, examiner s'il y a ou non danger à le faire. » La nature des choses résiste à ce qu'il en soit ainsi. La liberté ne les modifierait pas. »

Nous croyons que ces diverses considérations motivent suffisamment une réglementation spéciale des sociétés par actions et notamment de la société anonyme, dont seule nous avons à parler ici. La thèse de la liberté absolue en cette matière, thèse qui a été très souvent et très vivement soutenue, nous paraît être dangereuse, et nous ne croyons pas que le législateur doive abandonner, pour l'amour d'un principe, la protection qu'il est de son devoir d'accorder aux intérêts légitimes. La liberté absolue, que l'on introduirait dans le but d'encourager l'esprit d'association, aurait pour résultat, au contraire, de le décourager à la longue, par le spectacle des ruines et des désastres auxquels elle pourrait aboutir. L'époque où le public ne se laissera plus attirer par les faiseurs de prospectus est, semble-t-il, bien éloignée ; et des événements récents n'ont que trop bien montré que l'on ne

pouvait point encore compter d'une manière complète sur sa sagesse et sur sa prudence.

Mais, tout en nous déclarant en principe partisans d'une réglementation, nous ne voulons pas, bien entendu, affirmer par là que les auteurs de la loi de 1867 aient trouvé la juste mesure, et aient su se tenir toujours à égale distance entre une liberté extrême et un système de prohibitions exagéré. Une fois admis le principe, c'est une question très délicate que de savoir comment on doit le régler dans ses détails. Les difficultés se présentent surtout en ce qui concerne soit la constitution même des sociétés, soit les diverses transformations qu'on cherche souvent à leur faire subir dans le cours de leur existence. De celles qui s'élèvent à propos de la constitution, nous n'avons point à nous occuper dans cette thèse. Quant à celles que suscitent les innombrables transformations dont les sociétés sont susceptibles (augmentation et diminution du capital social, fusions, prorogations), nous n'y toucherons qu'incidemment, et seulement de manière à donner une idée générale des règles à suivre en cette matière. Ce que nous devons étudier plus particulièrement, c'est le fonctionnement *normal* de la société anonyme, son organisation intérieure, la manière dont elle communique avec les tiers, le mode de gestion de ses affaires, enfin les diverses responsabilités qui peuvent en découler. Les questions relatives à cet ordre d'idées, souvent intéressantes et délicates au point de vue juridique, n'ont peut-être pas, au point de vue législatif, le même intérêt que les précédentes : ce n'est pas sur elles que la commission extra-parlementaire (1), nommée à la

(1) La commission a été instituée par l'ancien garde-des-sceaux, M. Humbert (arrêté du 14 février 1882), M. J. Bozérian, sénateur,

suite d'une crise encore récente, et chargée de réviser la loi des sociétés, a dû porter spécialement son attention. Quelques points cependant lui ont paru appeler quelques dispositions nouvelles; nous les signalerons à mesure qu'ils se présenteront. Mais, d'une manière générale, dans la matière particulière que nous allons traiter, la commission a conservé, dans son projet, les dispositions de la loi de 1867.

Or, ces dispositions sont précisément l'application de cette théorie de liberté mitigée par une réglementation prudente, théorie qui est celle que nous adoptons en principe. Une fois constituée conformément à des règles minutieuses que nous n'avons pas à étudier, la société anonyme ne donne pas à son administration absolument la forme qu'elle veut. La loi lui indique un certain type, dont elle ne peut s'écarter; et si, sur certains points, elle a liberté pleine et entière, sur d'autres elle doit se conformer aux prescriptions de la loi : ainsi elle est libre de nommer des administrateurs en tel ou tel nombre, sur ce point la loi s'en rapporte aux statuts, c'est-à-dire à la liberté des conventions. Mais, d'autre part, la société ne peut prendre ces administrateurs que dans son sein; elle ne peut les nommer que pour une durée déterminée qui ne peut pas dépasser un maximum fixé par la loi; elle doit conserver la faculté de les révoquer à volonté. D'autre part, la loi exige que la gestion de ces administrateurs soit contrôlée par des commissaires nommés chaque année par l'assemblée; elle exige qu'un fonds de réserve soit formé; que chaque année au moins l'assemblée générale soit réunie, etc., etc. Toutes ces prescriptions; rapporteur : M. Arnauld, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

criptions de la loi ont pour but, comme celles qu'elle met à la constitution de la société, la protection des actionnaires ou des tiers. Nous aurons occasion au passage de critiquer plusieurs d'entre elles comme inutiles, ou parfois même comme dangereuses; il n'en est pas moins vrai que nous admettons en principe la possibilité et le bien fondé de cette réglementation; l'abus seul nous paraît à craindre, et c'est toujours contre l'abus que nos critiques s'élèveront.

Il nous est facile maintenant de tracer en quelques lignes le plan que nous devons suivre. Les organes de la société anonyme, qui ont un rôle à jouer dans son administration, sont au nombre de trois : les administrateurs, les commissaires de contrôle, les assemblées d'actionnaires. Les *administrateurs* correspondent au gérant de la société en commandite par actions; ce sont eux qui gèrent les affaires sociales, qui représentent la société dans ses rapports avec les tiers, qui agissent pour elle en justice, etc. Mais ils diffèrent du gérant par une circonstance qui est précisément le trait caractéristique de la société anonyme : ils ne sont point, comme lui, des associés personnellement et indéfiniment tenus des dettes sociales; ils sont, en dehors de leur administration, des actionnaires comme les autres, qui ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leur mise. Il résulte de là qu'ils ne représentent pas, comme le gérant, un élément personnel distinct et indépendant de la masse des actionnaires; ou, en d'autres termes, qu'il n'y a pas, dans la société anonyme comme dans la société en commandite, deux catégories d'associés : les uns ayant, avec l'obligation personnelle indéfinie, le droit de gérer; les autres ayant, avec l'obligation limitée, défense de s'immiscer

dans la gestion. Tout au contraire, dans la société anonyme, tous les associés sont sur la même ligne; tous, par conséquent, en pure théorie, auraient le même droit à gérer les affaires sociales. Comme il est impossible qu'ils l'exercent tous, ce droit est délégué par eux à des mandataires qu'ils choisissent eux-mêmes; et ces mandataires, ce sont les administrateurs. Le pouvoir de ces délégués n'est donc pas un pouvoir indépendant, ne relevant que de lui-même; c'est une simple émanation de la masse des actionnaires, qui les nomme et les révoque à volonté. Leurs fonctions n'en sont pas moins très importantes, puisque ce sont eux, en fait, qui dirigent la société, et qui sont à la tête de ses affaires. Nous aurons à étudier successivement leur *organisation*, c'est-à-dire la manière dont ils sont nommés, le temps qu'ils restent en fonctions, etc.; leurs *attributions*, c'est-à-dire leurs pouvoirs et leurs obligations; enfin, leur *responsabilité* envers la société et envers les tiers.

En face de ce premier organe de la société anonyme, qui est le plus important de tous en pratique, nous aurons ensuite à étudier l'organe secondaire que la loi place entre les administrateurs d'une part, et la masse des actionnaires d'autre part; nous voulons parler des *commissaires* de contrôle, qui sont eux aussi des délégués, de simples mandataires. — Leur rôle est de surveiller les administrateurs et d'éclairer les actionnaires sur la direction qu'ils donnent à la société. Ils correspondent au conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions; mais, ils ont, ainsi que nous le verrons, des pouvoirs beaucoup moins étendus. Pour eux aussi, nous étudierons successivement leur organisation, leurs attributions et leur responsabilité.

Enfin, au-dessus de ces deux pouvoirs délégués, nous aurons à placer et à étudier le pouvoir souverain dont ils émanent, c'est-à-dire la masse des actionnaires, pouvoir qui s'exerce sous la forme d'assemblées périodiques, dans lesquelles se nomment ou se révoquent les administrateurs et les commissaires, et dans lesquelles aussi se décident les affaires les plus importantes, celles qui dépassent les pouvoirs des administrateurs auxquels est confiée la gestion. Nous devons nous attacher successivement aux *assemblées ordinaires*, qu'on est obligé de réunir annuellement, et aux *assemblées extraordinaires* qui sont convoquées dans des circonstances plus rares, lorsqu'il s'agit de trancher des questions d'une importance extrême.

Ces trois pouvoirs étudiés, il nous restera, pour nous faire une idée exacte du fonctionnement de la société anonyme, à examiner certaines règles qu'il est difficile de faire rentrer dans l'étude de l'un de ces organes en particulier, et qui sont relatives notamment à la manière dont les bénéfices doivent être distribués entre les associés. Ce sera l'occasion d'un dernier chapitre, dans lequel nous ferons entrer, bien que cela sorte un peu du cadre de notre étude, quelques idées générales sur les augmentations et les diminutions du capital social que l'on peut vouloir faire subir à la société au cours de son existence.

CHAPITRE I.

Des administrateurs.

Dans les sociétés en commandite il existe un *élément personnel* composé d'associés indéfiniment responsables (*les commandités*). C'est naturellement à ces associés, comme étant les plus intéressés, qu'appartient la gestion des affaires sociales; ils l'exercent non comme mandataires mais en vertu d'un droit qui leur est propre. Les commanditaires ne peuvent point s'immiscer dans cette gestion et n'ont sur elle qu'un droit de contrôle.

Dans les sociétés anonymes, cet élément personnel fait défaut; chaque associé n'engage que ses capitaux et non sa personne; tous sont sur un pied de parfaite égalité, et il n'existe pas de motif pour confier de plein droit l'administration à un associé plutôt qu'à un autre. Il est donc nécessaire de confier la gestion de la société à des mandataires. Ce sont ces mandataires, dont le nombre n'est point déterminé par la loi ⁽¹⁾, que l'on appelle *administrateurs*. Leur mandat peut être salarié ou gratuit. C'est ce que nous dit expressément l'article 22, § 1, pré-

(1) En Belgique, le minimum du nombre des administrateurs est fixé à *trois*. (Article 43, § 1 de la loi du 18 mai 1873. Conforme : article 21 du projet Roumain.) « Le législateur n'a pas pensé pouvoir permettre un administrateur unique, comme dans les sociétés en

venant ainsi un doute qui aurait pu naître dans le silence de la loi; on aurait pu soutenir, en effet, que les administrateurs, étant nécessairement des associés qui doivent leurs soins à la société, n'ont jamais droit à aucune rémunération. Mais cette idée ne devait pas prévaloir : les administrateurs ayant une charge souvent fort lourde qu'ils n'auraient pas en qualité de simples actionnaires, il est naturel au contraire de les rémunérer. En fait les administrateurs gratuits seront extrêmement rares. Ils se distingueront des administrateurs salariés par l'étendue de leur responsabilité, qui sera moins rigoureusement appréciée (article 1992 C. C.).

Nous allons étudier successivement l'organisation et le fonctionnement de ce premier et très important organe des sociétés anonymes.

SECTION I.

Règles relatives à l'organisation.

§ 1^{er}. *Nomination des administrateurs. Durée de leurs fonctions. Révocabilité.*

En principe, les administrateurs, étant des mandataires des associés, doivent être nommés par ces associés eux-mêmes, c'est-à-dire, par l'assemblée générale. Excepté

commandite, où il peut n'y avoir qu'un seul gérant, parce que la toute-puissance, en matière administrative du moins, ne serait pas compensée par la responsabilité qui pèse sur le commandité. » (*Des sociétés commerciales en Belgique*. Guillery, t. II, n° 613, 2^e édition.)

tionnellement, les *premiers* administrateurs peuvent être nommés soit par l'assemblée générale, soit par les statuts (art. 25, loi 1867).

L'assemblée générale qui nomme les premiers administrateurs est celle qui, dans tous les cas, doit être convoquée à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart (même art. 25). Elle est donc la même que celle qui, d'après l'article 24, reçoit la déclaration des fondateurs constatant cette souscription et ce versement. Lorsqu'il y a des apports en nature ou des avantages particuliers faits à un associé, cette assemblée se confondra avec l'une ou l'autre des deux assemblées chargées de les approuver. Elle est soumise quant à sa composition et quant au mode de votation aux règles spéciales des articles 27 et 30.

Exceptionnellement les premiers administrateurs peuvent être désignés directement par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale (art. 25, § 3). En admettant cette désignation statutaire, la loi a voulu permettre aux fondateurs de se placer eux-mêmes ou de placer des personnes de leur choix à la tête de l'entreprise. Ils peuvent avoir grand intérêt à s'assurer ainsi l'administration dans les premiers temps de la société. Ce n'est pas là d'ailleurs une dérogation au principe suivant lequel le mandataire ne peut être désigné que par celui qu'il doit représenter; car les actionnaires par leur souscription adhèrent implicitement aux statuts et acceptent par suite les administrateurs désignés. Seulement ce mode de nomination est loin de présenter autant de garanties pour les actionnaires que la nomination directe

par l'assemblée générale; on peut toujours craindre, en effet, de la part des actionnaires, une confiance exagérée dans les fondateurs; en réalité, ils acceptent l'entreprise telle qu'on la leur présente, et si on réussit à la leur faire considérer comme avantageuse, ils ne prêteront probablement qu'une médiocre attention à la clause qui désigne les administrateurs; ils les subiront plutôt qu'ils ne les accepteront. Aussi la loi restreint-elle quant à leur durée les fonctions de ces administrateurs statutaires. Ils ne peuvent être nommés que pour trois ans. Quant aux autres administrateurs, il a bien fallu aussi admettre une limite à la durée possible de leur mandat; bien qu'ils soient révocables, ainsi que nous le verrons, la loi ne pouvait permettre qu'ils fussent nommés pour un temps indéterminé; la révocabilité seule ne protégerait pas suffisamment les actionnaires, qui hésiteront toujours à révoquer un administrateur, mais qui consentiront beaucoup plus facilement à ne pas le renommer une fois qu'il sera parvenu au terme de son mandat. Ici encore la durée des fonctions est donc limitée, mais elle l'est moins étroitement que pour les administrateurs statutaires; la durée maximum est fixée à six ans (1). C'est, bien entendu, aux statuts à déterminer dans les limites de ce maximum, combien de temps les administrateurs resteront en fonctions.

Au cours de la société, les administrateurs, sont toujours nommés par l'assemblée générale annuelle. En général cependant les statuts autorisent le conseil d'ad-

(1) Aucune distinction n'est faite à cet égard par la loi Belge (loi du 18 mai 1873). La durée maximum des fonctions est fixée à six ans, tant pour les administrateurs nommés par l'assemblée générale que pour ceux désignés par les statuts (art. 45, § 3, loi Belge. Conforme : art. 21, projet Roumain).

ministration lui-même à pourvoir *provisoirement* aux vacances imprévues qui viennent à se produire au cours des opérations sociales, par exemple, par décès ou démission. Cette clause, bien que non prévue directement par la loi, est parfaitement licite; elle n'empiète pas, en effet, sur le droit des actionnaires, qui seront appelés, lors de la prochaine réunion de l'assemblée générale à ratifier ou à infirmer le choix purement provisoire fait par les administrateurs. L'utilité de cette clause est d'ailleurs évidente, puisqu'elle permet de pourvoir sans retard aux besoins du service (1). Mais il ne serait pas permis, suivant nous, de conférer au conseil d'administration le pouvoir de procéder au remplacement *définitif* des administrateurs décédés ou démissionnaires; ce serait là un privilège dangereux, qui dépouillerait en réalité les actionnaires de l'influence qu'ils doivent avoir sur les affaires sociales; eux seuls, en principe, sont compétents pour nommer les administrateurs qui ne sont que leurs mandataires.

Quel qu'ait été le mode de nomination, les administrateurs sont toujours rééligibles, sauf stipulation contraire; et il faut ajouter que cette stipulation est extrêmement rare. L'exclusion de la faculté de réélire peut en effet être très nuisible à la société en la privant des hommes les plus capables de la diriger, et surtout en l'obligeant à changer ses administrateurs, quand il y a le plus sou-

(1) Afin d'éviter des conséquences fâcheuses, qui pourraient en résulter par suite de l'oubli d'une pareille clause, dans les statuts d'une société, le législateur belge a cru devoir la consacrer par une disposition expresse et en faire le droit commun (art. 45, § 4. Conforme : art. 21, projet Roumain). — Le projet de la commission extra-parlementaire ne contient aucune disposition semblable.

vent tout avantage à conserver à la direction des affaires sociales l'unité et l'esprit de suite qui peuvent seuls en assurer le succès. Aussi, loin de rendre le changement obligatoire, les statuts prennent-ils en général certaines mesures pour qu'il ne se produise pas de modification trop brusque dans la composition du conseil d'administration : ils stipulent par exemple, que le renouvellement n'aura lieu que par fractions, de manière qu'il y ait toujours, à côté des administrateurs nouveaux, des personnes déjà au courant des affaires de la société.

De la qualité de *mandataires* que nous avons attribuée aux administrateurs, il résulte que leurs fonctions sont essentiellement révocables, et c'est en effet ce que dit expressément l'article 22 de la loi de 1867 (1). Ils pourront donc être révoqués par l'assemblée générale des actionnaires, de qui ils tiennent leur mandat. Cependant des discussions se sont élevées sur l'étendue de cette révocabilité. Nous croyons, pour notre part, qu'il s'agit là d'une révocabilité *ad nutum*, qu'elle s'applique à tous les administrateurs, et qu'on ne pourrait même point l'écarter par une clause contraire de l'acte de société. Mais chacune de ces propositions a été contestée.

1° Nous disons d'abord qu'il s'agit d'une révocabilité *ad nutum*. Ce n'est là que l'application du droit commun : le mandant en principe peut révoquer le mandat *quand bon lui semble* (art. 2004 C. C.), sans avoir à donner les motifs de sa révocation. On a cependant soutenu (2) que

(1) La loi Belge dispose de même, en l'art. 45, § 3, que les administrateurs sont « *toujours* révocables par l'assemblée générale. » Conforme : art. 24, projet Roumain.

(2) MM. Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi sur les sociétés*, n° 172.

ce principe ne devait pas s'appliquer aux administrateurs : leur mandat, dit-on, n'est pas un mandat absolument ordinaire; il est surtout révocable en ce sens qu'il n'est pas indéfini; mais il ne peut leur être enlevé sans cause légitime par le pur caprice des associés. Les administrateurs ne pourront donc être révoqués, avant l'expiration de leur mandat, que s'ils ont manqué aux devoirs qui leur sont imposés; et, s'ils résistent à leur révocation la question ne pourra être jugée que par les tribunaux.

Nous ne saurions admettre cette opinion. Elle méconnaît la nature du mandat, acte essentiellement révocable, que le juge ne peut pas imposer au mandant. Il suffisait, pour que ce principe fût applicable aux administrateurs, que la loi les qualifiât de mandataires; car par là elle les soumettait implicitement à toutes les règles du mandat. Mais elle a fait plus : elle a déclaré expressément qu'ils étaient des mandataires *révocables*, et leur a ainsi fait elle-même l'application de l'article 2004 C. C. Les administrateurs ne pourront donc pas résister à leur révocation, prononcée par l'assemblée générale, sous prétexte qu'elle est sans motifs; et il faut ajouter qu'ils ne pourront pas puiser dans cette révocation un droit à des dommages-intérêts pour le préjudice qu'elle leur aurait fait éprouver. En révoquant, les actionnaires réunis en assemblée générale n'ont fait qu'user d'un droit inhérent à la nature du contrat intervenu entre eux et l'administrateur; celui-ci ne peut donc se plaindre d'aucun préjudice : *Neminem laedit qui suo jure utitur* ⁽¹⁾.

(1) En ce sens : Cass., 28 juillet 1868 (D. 68. 1. 441); Paul Pont (*Sociétés commerciales*, n° 1610); Vavasseur (*Traité des sociétés*, II^e édit., tom. II, n° 795). V. cependant : Boistel (*Précis de D. comm.*, n° 308) et de Courcy (*Les Sociétés anonymes*, p. 65).

2° Cette révocabilité s'applique à tous les administrateurs, même à ceux qui ont été nommés par les statuts. Ici encore, cependant, le contraire a été soutenu; on a voulu étendre aux sociétés anonymes l'article 1856 C. C., écrit pour les sociétés civiles, article d'après lequel le mandat donné à l'un des associés *dans l'acte même de société* est irrévocable, sauf les causes légitimes de révocation. Cette opinion a été rejetée, et avec raison, par la Cour de cassation (1) : c'est sans distinction que l'article 31 C. Com., et l'article 22 de la loi de 1867, déclarent révocable le mandat des administrateurs; il n'y a donc pas d'exception à faire pour les administrateurs statutaires; quant à l'article 1856, sa disposition, écrite spécialement pour les sociétés civiles, doit peut-être s'appliquer aux sociétés en nom collectif ou en commandite, dans lesquelles la gestion représente un élément personnel lié au contrat même de société; mais rien ne nous autorise à l'étendre aux sociétés anonymes, dans lesquelles, l'élément personnel n'existant pas, et tous les associés étant dans une position égale, les administrateurs, même statutaires, ne peuvent pas être autre chose que de simples mandataires.

3° Enfin, avons-nous dit, la révocabilité ne pourrait pas être écartée, même par une clause contraire de l'acte de société. En d'autres termes, la révocabilité est une règle d'ordre public, à laquelle il n'est point permis de déroger. Sans doute, l'intérêt des actionnaires, que cette règle a

(1) Même arrêt du 28 juillet 1868. Cet arrêt, statuant sur une société antérieure à la loi de 1867, s'appuie sur l'article 31 C. Comm.; la loi de 1867, art. 22, est venue apporter un nouvel argument à sa doctrine. V. aussi Lyon-Caen et Renault (*Précis de droit commercial*, n° 477).

pour but de protéger, n'est par lui-même qu'un intérêt privé; mais le législateur a considéré qu'il y avait à protéger cet intérêt privé, un véritable intérêt public; et c'est là l'idée qui a dicté la plupart des dispositions de la loi de 1867. Aussi l'article 41 attache-t-il expressément la sanction de la nullité à l'inobservation de l'article 22, qui contient la règle de la révocabilité. Il faudrait donc, avec la Cour de cassation ⁽¹⁾, annuler toute clause qui supprimerait, ou même qui restreindrait le droit absolu qui appartient à la société de révoquer ses mandataires : par exemple, il faudrait déclarer nulle la clause qui conférerait aux tribunaux le pouvoir de contrôler les causes de la révocation, et d'allouer des dommages-intérêts au mandataire révoqué sans motifs légitimes; une pareille clause, en effet, serait la négation même du droit de la société; elle aurait pour résultat de lui enlever, en réalité, le droit de révocation pour le transférer aux tribunaux, ce qui est absolument contraire à l'esprit de la loi.

En face de la règle de révocabilité, il faut placer cette idée corrélatrice que l'administrateur, de son côté, n'est point lié par son mandat, et qu'il peut y renoncer dans les termes de l'article 2007 C. C. D'après cet article, le mandataire, en principe, peut renoncer au mandat : néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra l'en indemniser, à moins que lui-même ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver un préjudice considérable ⁽²⁾.

(1) Cass., 10 (ou 30) avril 1878, D. 78. 1. 314. — V. cependant Alauzet, *Commentaire des lois sur les sociétés*, tom. II, n° 737.

(2) Il faut distinguer à cet égard entre l'administrateur gratuit et l'administrateur salarié; ce dernier doit indemniser la société du tort que la renonciation a pu lui causer, quand même il n'aurait pu

§ 2. Conditions d'éligibilité.

Sous l'empire du Code de commerce aucune condition d'éligibilité n'était exigée de la part des administrateurs. Ils étaient choisis librement par les associés qui pouvaient les prendre, soit parmi eux, soit en dehors de la société. Au contraire, l'article 22 de la loi de 1867 (reproduisant en cela l'article 1, § 4 de la loi de 1863), dispose que les administrateurs doivent être pris *parmi les associés*. On a considéré, sans doute, que la qualité d'actionnaires leur créerait un intérêt direct à la bonne gestion des affaires sociales, et il faut avouer que cette exigence est conforme à la pratique des sociétés anonymes, dont les statuts n'admettent habituellement que des administrateurs pris parmi les associés. Néanmoins, la règle posée par l'article 22 a été vivement critiquée, et non sans raison : c'est là, en effet, une de ces règles que les sociétés peuvent, avec tout avantage, s'imposer à elles-mêmes, mais qu'il n'est pas sans inconvénient de rendre légalement obligatoires. Si le nombre des actionnaires est restreint, si chaque action représente une valeur considérable, il pourra arriver que l'on ne trouve pas, parmi les associés, de personne capable de gérer les affaires de la société. La disposition de l'article 22 empêchera que l'on puisse conférer les fonctions d'administrateur à des tiers que leur compétence ou leurs aptitudes spéciales désigneraient pour ce poste, mais

conserver ses fonctions qu'en éprouvant un préjudice considérable. (Arg., art. 2007 C. C.). Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 252, note 3.

qui n'ont point la qualité d'actionnaires ⁽¹⁾. Comme toute restriction à la liberté des conventions qui n'est point justifiée par des motifs vraiment plausibles, celle-ci peut donc entraîner certains inconvénients et devenir nuisible aux intérêts qu'on a eu pour but de protéger. Néanmoins il ne faut pas s'exagérer les dangers de cette réglementation excessive de l'article 22 : en pratique ils seront moindres qu'il ne semble au premier abord, et cela pour deux raisons. D'abord, en fait, les actions seront d'ordinaire très divisées, et par conséquent la condition d'éligibilité imposée par la loi sera assez facilement remplie. En outre, la loi a admis elle-même un correctif à la règle qu'elle édictait, (règle dont la commission du Corps législatif avait elle-même aperçu et signalé les inconvénients,) ⁽²⁾ en permettant aux administrateurs de se substituer un mandataire étranger à la société. Nous verrons, dans un appendice à ce chapitre, quelle est la position et quelles sont les fonctions de ce mandataire.

Il ne suffit pas que les administrateurs aient la qualité d'actionnaires. L'article 26 exige, en outre, qu'ils soient propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts, actions qui sont affectées à la garantie des actes de leur gestion. Le principe de cette disposition est encore emprunté à la loi de 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée. L'article 7, de cette loi, fixait lui-même le montant de ces actions *au vingtième au moins du capital social*, et il exigeait que les administrateurs en

(1) Il résulte des articles 43 et 48, § 3 de la loi Belge, que les administrateurs peuvent être pris en dehors de la société. Conforme : articles 19 et 24, § 3, proj. Roumain.

(2) V. le premier rapport de cette commission. Tripier, *Commentaire de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés*, tom. I, p. 163.

fussent propriétaires *par parts égales*. Tout en admettant le principe, la loi nouvelle n'a reproduit aucune de ces deux règles. La première, déjà fort rigoureuse sous une loi qui fixait à vingt millions le maximum du capital social, aurait été bien difficilement applicable dans une législation qui ne fixe plus à ce capital aucun maximum. Quant à la seconde règle (l'égalité des parts), elle pouvait avoir pour résultat, ainsi que le fait remarquer l'exposé des motifs de la loi de 1867 (1), « d'exclure des fonctions d'administrateur des hommes ayant plus d'expérience et de capacité que d'argent, ce qui arrive quelquefois. Il était facile, il est vrai, d'échapper à la règle en mettant sous le nom des administrateurs moins riches que les autres des actions appartenant à ceux-ci. Mais ce serait une singulière manière de justifier une disposition légale que de montrer qu'il est facile de l'éluder et d'exciter par cela même à le faire. D'ailleurs, cette combinaison placerait plus ou moins l'administrateur propriétaire simulé sous la dépendance du propriétaire réel; et l'intérêt de la société pourrait en être affecté. » On a donc adopté un système un peu différent de celui de la loi ancienne. D'une part, ce n'est plus elle-même, ce sont les statuts qui fixent le nombre d'actions dont les administrateurs doivent être propriétaires; et sur ce premier point, nous ne pouvons qu'approuver la loi nouvelle (2). D'autre part,

(1) Tripier, t. I, p. 14.

(2) Cependant quelques auteurs regrettent que la loi n'ait pas fixé un minimum d'actions pour les administrateurs *statutaires* (V. Pont, *loc. cit.*, p. 598, note 2); et ils citent dans ce sens la loi Belge, dont l'article 48, § 1, dispose que : « Chaque administrateur nommé par les statuts doit déposer un nombre d'actions représentant la cinquième partie du capital social, sans que cette part doive s'élever au delà de 50,000 francs, valeur nominale des actions. » Conforme :

pour remplacer l'égalité exigée par la loi de 1863, on a décidé que chacune des actions déposées serait affectée en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion, *même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs*. Il y a donc là, entre les administrateurs, une sorte de solidarité réelle; tous sont solidairement responsables, sur leurs actions, mais sur leurs actions seulement, des actes de chacun. Bien que cette solidarité soit limitée, elle n'en est pas moins fort difficile à justifier. Sans doute l'administrateur, obligé de subir, sur ses actions, les conséquences d'un acte accompli sans sa participation par un de ses collègues, aura contre ce dernier un recours dans les termes du droit commun. Mais ce recours peut se trouver illusoire par suite de l'insolvabilité de celui contre qui il s'exerce. Un administrateur est donc exposé à subir, d'une manière définitive, les conséquences d'un acte auquel il n'a pas participé, auquel même il s'est peut-être formellement opposé dans le conseil d'administration. C'est là une injustice qui paraît évidente, si l'on réfléchit que les administrateurs ne choisissent pas leurs collègues. En outre, c'est là un danger pour la société; car le seul moyen pour un administrateur d'échapper à la responsabilité d'un acte fait par ses collègues, c'est de donner sa démission; et cette obligation peut amener des crises défavorables à la bonne gestion des affaires sociales ⁽¹⁾.

article 24, § 1, projet Roumain. — Nous croyons que même en ce qui concerne les administrateurs statutaires une réglementation excessive est un danger, et qu'il n'y a aucun inconvénient sérieux à laisser fixer le minimum par les statuts.

(1) Voir : Boistel, n° 311; Pont, *loc. cit.*, n° 1623; A. de Courcy, *loc. cit.*, p. 95 et suiv.; Bédarride, *loc. cit.*, t. II, n° 388.

Quoi qu'il en soit, après avoir critiqué l'article 26, nous devons maintenant étudier avec plus de détails la disposition de cet article, et nous demander : 1° quelle est la nature et la durée de l'affectation qui frappe les actions déposées à titre de garantie; 2° quelle est la sanction de l'article 26.

1° Les actions dont parle l'article 26 doivent être « nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité, et déposées dans la caisse sociale. » Ces dispositions ont pour but d'assurer l'efficacité du droit de la société, et ce droit est facile à caractériser, en disant que c'est un véritable droit de gage, qui se trouve constitué par le dépôt réel des titres dans la caisse sociale et qui est destiné à garantir les créances éventuelles que la société pourra avoir contre l'administrateur (1). La société est donc dans la position d'un créancier gagiste. Quant à l'administrateur, il reste propriétaire des titres déposés, comme le débiteur reste propriétaire des objets donnés en gage (sous réserve toutefois de l'inaliénabilité). Les créanciers peuvent même les saisir, car la loi n'a pas déclaré que ces titres seraient insaisissables; seulement la saisie doit respecter l'affectation réelle qui résulte du droit de gage, et par conséquent, si elle est suivie d'une vente, la société peut faire valoir sur le prix son privilège de gagiste qui lui permettra

(1) Ce droit de gage existe aussi dans la loi Belge : « Chaque administrateur, dit l'article 47, doit affecter, par privilège, un certain nombre d'actions à la garantie de sa gestion. Mention de cette affectation est faite par le propriétaire des actions sur le registre d'actionnaires pour les actions nominatives. Les actions au porteur sont déposées dans la caisse de la société ou d'un tiers désigné par les statuts ou par l'assemblée générale. » Conforme : l'article 23, projet Roumain.

de primer les créanciers personnels de l'administrateur.

Le droit de gage qui frappe ces actions doit naturellement prendre fin au moment où l'administrateur se trouve libéré envers la société. Mais quel est exactement ce moment? Nous pensons qu'il faut considérer les actions comme libérées à partir de la reddition du compte de gestion (1). Une fois que les administrateurs ont rendu leurs comptes et que ceux-ci ont été acceptés par l'assemblée générale, l'affectation des actions n'a plus en réalité de raison d'être. Les administrateurs en fonctions à ce moment pourront donc faire délivrer à celui qui a rendu ses comptes, en échange des actions inaliénables et estampillées qui se trouvaient déposées dans la caisse sociale, des actions *libres* qui ne seront plus frappées d'inaliénabilité.

2° Quant à la sanction de l'article 26, elle a donné lieu à certaines difficultés. Il nous semble certain tout d'abord que cette sanction ne peut pas être la nullité de la société. L'article 44 énumère, en effet, les dispositions dont la violation entraîne nullité, et parmi ces dispositions il ne cite pas l'article 26. On ne peut donc étendre à ce texte la sanction de la nullité, car les nullités ne se suppléent pas. D'autre part, on a fait remarquer, dans la discussion de l'article 26 (2), que sa disposition manquait de sanction, et on a proposé d'en établir une. Le commissaire du Gouvernement, M. Cornudet, répondant

(1) Boistel, n° 312; Pont, *loc. cit.*, n° 1627; Alauzet, *loc. cit.*, t. II, p. 742. — Suivant Bédarride, *loc. cit.*, t. II, n°s 334 et 389 : « Le cautionnement cesse avec la fonction qui l'avait motivé. » — Cette doctrine nous semble inadmissible; l'affectation, dont il s'agit dans l'article 26, serait très souvent illusoire.

(2) Tripier, t. II, p. 160 à 172.

directement à cette observation, a soutenu qu'en réalité l'article avait une sanction, et qu'elle se trouvait dans l'article 44. Il résulterait de cette réponse que l'inobservation de l'article 26 devrait entraîner dans tous les cas la responsabilité des administrateurs, si elle avait causé un préjudice à la société. Nous ne croyons pas pouvoir admettre cette doctrine avec cette étendue, et suivant nous la question doit se résoudre par une distinction entre les différentes manières dont l'article 26 peut être violé.

Il se peut d'abord que les statuts aient déterminé, comme le veut l'article 26, le nombre d'actions à déposer par les administrateurs. Dans ce cas, s'il y a violation de l'article 26, elle provient non des statuts, mais des administrateurs eux-mêmes; le fait par eux d'être entrés en fonctions sans s'être conformés aux dispositions des statuts constitue une faute personnelle dont ils doivent être déclarés responsables si elle a causé un préjudice à la société. Dans ce premier cas, par conséquent, il y a bien lieu à l'application de l'article 44. Il est bien entendu, du reste, que dans cette hypothèse, tout actionnaire pourrait empêcher d'entrer en fonctions, les administrateurs qui ne rempliraient pas les conditions exigées par les statuts (1).

(1) La loi Belge est plus explicite. L'article 49 porte : « Qu'à défaut de s'être conformé aux conditions prescrites par les deux articles précédents dans le mois de la constitution définitive de la société s'il s'agit d'un administrateur nommé par les statuts, ou dans le mois de sa nomination ou de la notification qui devra lui en être faite si elle a eu lieu en son absence et qu'il s'agisse d'un administrateur nommé par l'assemblée générale, tout administrateur sera réputé démissionnaire et il sera pourvu à son remplacement par l'assemblée générale. » Conforme : article 25, proj. Roumain.

La question devient plus délicate si la violation de l'article 26 provient des statuts eux-mêmes, qui ont omis de déterminer le nombre d'actions à déposer par les administrateurs. On a soutenu que dans ce cas on devrait considérer les statuts comme exigeant le minimum de garanties requis par la loi, c'est-à-dire *une seule action* pour chaque administrateur ⁽¹⁾. Mais cette idée nous paraît difficilement admissible : pourquoi présumer un minimum qui sans doute pourrait être valablement stipulé, mais qui en somme n'offrirait qu'une garantie dérisoire, ne remplissant que très insuffisamment le vœu de la loi? Nous croyons donc qu'en présence de cette omission une rectification aux statuts serait nécessaire. Cette rectification pourrait être demandée par toute personne, soit par les associés, soit par les tiers intéressés, et les administrateurs ne pourraient pas se refuser à son insertion. Mais faut-il aller plus loin, et décider que les administrateurs seraient eux-mêmes tenus de faire insérer cette rectification, et qu'on devrait les déclarer personnellement responsables s'ils entraient en fonctions avant de faire compléter les statuts? Nous ne le pensons pas : l'omission qui se trouve dans les statuts ne résulte pas de leur fait personnel et n'engage pas leur responsabilité ⁽²⁾. En acceptant leurs fonctions dans les termes mêmes des statuts qui ont été acceptés de tous les actionnaires, et contre lesquels nul ne réclame, ils ne commettent aucune faute. Nous croyons donc que, dans cette seconde hypothèse, il n'y aurait pas lieu contre eux à l'application de l'article 44.

(1) Lyon-Caen et Renault, n° 478.

(2) Contra : Alauzet, *loc. cit.*, t. II, n° 742; Mathieu et Bourguignat, n° 192.

SECTION II.

Fonctionnement de l'administration.

§ 1. *Pouvoirs des administrateurs.*

Les administrateurs, comme nous l'avons déjà dit, sont les mandataires de la société; leur position est donc réglée par les principes généraux du mandat. Il résulte de là que les administrateurs obligent la société envers les tiers sans s'obliger eux-mêmes (art. 32 C. Com.), pourvu toutefois qu'ils agissent au nom ou pour le compte de la société, et que l'acte par eux accompli soit dans la limite des pouvoirs qui leur ont été conférés. Cette seconde condition demande quelques explications.

Le législateur n'a fixé nulle part, ni dans le Code de commerce, ni dans la loi de 1867, la limite des pouvoirs des administrateurs. En général cette limite sera fixée par les statuts, et dans ce cas les administrateurs n'obligeront la société qu'autant qu'ils resteront dans la sphère de leurs attributions, telles que le pacte social les aura déterminées. Il arrivera souvent d'ailleurs que les statuts n'autoriseront certains actes que moyennant certaines conditions particulières, et, dans ce cas, ces conditions seront nécessaires pour que la société soit engagée : si, par exemple, les statuts exigent pour la validité des baux la signature de deux administrateurs, le bail consenti par un seul, fût-ce par le président du conseil d'administration, ne sera point opposable à la société (Cass., 9 juillet

1872, D. 72. 1. 404). En un mot, les statuts règlent souverainement les attributions, soit de chacun des administrateurs en particulier, soit du conseil d'administration dans son ensemble.

Si les statuts sont muets, les pouvoirs des administrateurs doivent être réglés d'après les principes du mandat général (art. 1988 C. C.) ; ils comprendront donc seulement les *actes d'administration*. La difficulté est de déterminer ce qu'il faut entendre, en notre matière, par actes d'administration ; car, ce sont là des expressions dont la portée peut varier suivant le point de vue auquel on se place, et que l'on peut comprendre d'une manière plus ou moins large. Ici, il faut faire rentrer dans la catégorie des actes d'administration tous les actes nécessaires à la marche de la société, et tendant directement à la conduire au but qu'elle poursuit. Il faut en exclure au contraire tous les actes extraordinaires, qui ne font point partie normalement des opérations de la société.

De ces principes nous concluons que tel acte qui, pris en lui-même, devrait être considéré comme un acte de disposition, pourra, eu égard au but que poursuit la société, être regardé comme rentrant dans l'administration. Ainsi on ne doit pas dire que toute aliénation sera, dans le silence des statuts, interdite aux administrateurs ; ceux-ci pourront, au contraire, certainement vendre et acheter les objets faisant partie du commerce qu'ils ont mission de diriger. Et il en serait ainsi alors même que le but poursuivi par la société serait l'achat et la vente des immeubles ; les administrateurs, si les statuts étaient muets sur ce point, (ce qui du reste est difficilement présumable,) pourraient dans ce cas procéder aux aliénations immobilières. Il est bien entendu qu'en dehors de cette

•

hypothèse exceptionnelle, les aliénations immobilières ne pourraient point être regardées comme acte d'administration.

Les actes d'administration courante, — consistant, par exemple, à passer les baux, poursuivre les débiteurs, toucher les sommes dues à la société ou payer ses dettes, en donner ou en recevoir quittance, choisir le personnel, etc., — rentrent sans difficulté dans les attributions normales des administrateurs. Au contraire, ils n'ont point, en principe, à moins que les statuts ne le leur donnent expressément, le droit d'emprunter. Il y a en ce sens de nombreuses décisions de jurisprudence (Nancy, 22 déc. 1842, D. 43. 2. 53; Douai, 13 mai 1844, D. 45. 2. 10; Alger, 16 mai 1863, D. 63. 5. 353; Cass., 22 janvier 1867, D. 67. 1. 168). A plus forte raison, ne peuvent-ils consentir une hypothèque sur les immeubles de la société (Cour de Paris, 5 juillet 1877 (1); *Le Droit* du 20 juillet 1877). Ce sont là des actes qui ne rentrent pas, du moins en général, dans la notion d'administration, et qu'il faut regarder comme exceptionnels. Il faut en dire autant, au moins dans la plupart des cas, de la transaction et du compromis; ils ne pourraient être regardés comme rentrant dans les attributions des administrateurs, qu'autant qu'il s'agirait de terminer, par l'un de ces actes, un procès portant sur un fait qui rentrerait lui-même dans les pouvoirs des administrateurs; par exemple, un procès portant sur un acte courant du commerce de la société. C'est dans cette hypothèse seule que l'on peut regarder la transaction et le compromis comme actes d'administration.

(1) Dalloz, 1877. 2. 168

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des actes extrajudiciaires. Quant aux contestations en justice, les statuts donnent en général aux administrateurs le droit de former *toutes réclamations*, et de défendre la société contre *toutes demandes* (1). Il sont en effet, en principe, les représentants de la société, et il y a avantage à élargir sur ce point leur mandat, et à ne pas leur imposer l'obligation de consulter l'assemblée générale sur chaque procès, ce qui pourrait entraîner des lenteurs préjudiciables à la société. Mais si la clause dont nous parlons ne se trouvait pas dans les statuts, devrait-on donner aux administrateurs un pouvoir aussi étendu? Nous croyons que, dans ce cas, les administrateurs pourraient soutenir seuls les procès relatifs aux droits mobiliers de la société; mais qu'ils devraient consulter l'assemblée générale lorsqu'il s'agirait, soit d'intenter un procès relatif à ses droits immobiliers, soit d'y défendre. On ne peut faire rentrer, en effet, de semblables procès dans les pouvoirs ordinaires d'un administrateur.

Pour terminer cette matière il nous reste à faire deux observations fort importantes : 1° Les actes qui dépassent les pouvoirs des administrateurs ne seront pas pour cela toujours impossibles. Ils pourront d'ordinaire être faits avec l'autorisation de l'assemblée générale (2).

(1) Pont, *loc. cit.*, n° 1632. Cette disposition essentiellement pratique est consacrée par la loi Belge, dans l'article 44 : « A défaut de dispositions contraires dans les statuts, ces mandataires ont le pouvoir de faire tous actes d'administration et de soutenir toutes actions au nom de la société, soit en demandant, soit en défendant. » V. Guillery, tom. II, n° 607. Conforme : art. 20, projet Roumain.

(2) La ratification postérieure produirait le même effet que l'autorisation (Paris, 30 juillet 1867, D. 67. 2. 238).

Nous entrerons dans les détails, sur ce point, en traitant de ce dernier organe des sociétés anonymes.

2° Une seconde observation, qui recevra également plus loin ses développements, est la suivante : lorsqu'un administrateur fait un acte qui excède ses pouvoirs, tel que nous venons de le définir, il ne faut pas toujours considérer cet acte comme étant absolument nul. Tout ce qu'il faut en conclure, c'est qu'il n'obligera pas la société ; et encore s'il s'agit, par exemple, d'un emprunt, la société qui en aura profité sera tenue jusqu'à concurrence de l'enrichissement qu'elle en aura retiré ⁽¹⁾. Mais l'acte qui n'oblige pas la société, ne pourra-t-il pas être déclaré obligatoire pour les administrateurs qui l'ont passé ? C'est sur ce point que nous nous bornons à un simple renvoi. Nous traiterons la question à propos de la responsabilité des administrateurs.

§ 2. *Obligations des administrateurs.*

Les administrateurs, étant des mandataires, sont d'abord tenus, en principe, de toutes les obligations résultant du mandat. Sur ce point, nous nous bornons à nous référer aux articles 1991 et s. C. C. L'idée générale qui ressort de ces articles, c'est que le mandataire a pour obligation principale d'accomplir le mandat dont il est chargé. Quant à la manière dont les administrateurs doivent rendre compte de cette obligation, et à la responsabilité qu'ils encourent s'ils la remplissent mal, nous

(1) Cass., 24 mars 1832, D. 62. 1. 109.

n'avons point à en parler ici. Nous y consacrerons plus bas de longs développements.

De cette obligation générale naissent, pour les administrateurs, presque toutes leurs obligations particulières. Il en résulte qu'ils sont tenus de donner leurs soins aux affaires de la société, et de les gérer dans les limites et dans les conditions prévues par les statuts. Il en résulte encore que c'est à eux à veiller à l'accomplissement de toutes les obligations particulières que la société s'est imposée à elle-même par ses statuts, ou qui lui sont imposées par la loi. C'est à eux, par exemple, qu'il incombe de convoquer chaque année l'assemblée générale ordinaire, à l'époque fixée par les statuts (art. 27, § 1, loi de 1867); à eux, de dresser l'inventaire et l'état sommaire de la situation active et passive de la société, qui, d'après l'article 34, doivent être présentés tous les ans à l'assemblée générale; à eux, d'assurer le prélèvement annuel du vingtième sur les bénéfices nets, que l'article 36 exige pour la formation d'un fonds de réserve; à eux enfin, de provoquer, comme l'exige l'article 37, la réunion de l'assemblée générale en cas de perte des trois quarts du capital social. Toutes ces obligations sont imposées, il est vrai, à la société elle-même, et non point seulement aux administrateurs; la société ne pourrait, même par un vote unanime de tous les actionnaires, se dispenser par exemple, de faire chaque année l'inventaire ou le prélèvement de l'article 36. Mais il n'en est pas moins vrai que les administrateurs doivent assurer l'exécution de ces obligations, qu'ils sont personnellement responsables du dommage qui pourrait résulter de leur inaccomplissement, et qu'en conséquence nous avons dû les signaler parmi leurs obligations particulières.

Il nous reste à insister sur une dernière obligation qui leur est imposée par l'article 40 : « Il est interdit aux administrateurs, dit cet article, de prendre ou de conserver un intérêt direct dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. » Le motif de cette prohibition est évident : on veut empêcher les administrateurs de se trouver placés entre leur intérêt et celui de la société (1). Déjà une disposition semblable avait été introduite dans la loi de 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée, article 23. Mais ce texte avait dépassé la mesure en interdisant aux administrateurs *toute opération quelconque* avec la société, à moins qu'ils n'y fussent autorisés par l'assemblée générale *pour certaines opérations spécialement déterminées*. Il résultait de cet excès de rigueur de graves inconvénients. « On a vu des sociétés de crédit, dit l'exposé des motifs de la loi de 1867 (2), trouver difficilement des administrateurs parmi ceux qui auraient été les plus capables de les bien diriger, parce que, en présence de la prohibition de faire une *opération quelconque* avec la société, aucun associé n'était disposé à accepter une mission qui l'empêchait de participer aux avantages offerts à tous les autres. La faculté de demander et d'obtenir l'autorisation de l'assemblée générale n'était qu'une ressource inutile; il fallait, en effet, que l'autorisation fût accordée pour chaque opération spécialement déterminée; or, cela était impossible, par exemple, pour des opérations d'escompte pouvant se renouveler chaque jour. »

(1) V. Exposé des motifs de la loi de 1863; Tripier, *Commentaire de la loi de 1863*, p. 30.

(2) Tripier, t. I, p. 46.

Tout en admettant la prohibition, les auteurs de la loi de 1867 ont donc dû la restreindre (1). Aujourd'hui, ce qui est interdit aux administrateurs, ce n'est plus toute opération quelconque avec la société, mais seulement *les entreprises et marchés*. Il faut entendre par là les conventions ayant une certaine importance et une certaine suite, celles, par exemple, que la société passe avec les tiers pour la fabrication ou la fourniture de matières premières, d'objets manufacturés, de denrées, etc., ou encore pour l'exécution de transports, de travaux, d'ouvrages, qui exigent un assez long espace de temps (2). En un mot, on exclut de la prohibition, telle qu'elle était entendue autrefois, *les opérations isolées*, par exemple, les actes isolés de commerce qu'un administrateur passerait avec la société; ces actes, fussent-ils réitérés, ne constitueraient point une contravention à l'article 40. Nous pensons même qu'un administrateur pourrait vendre ou acheter à la société un immeuble sans tomber sous la prohibition de cet article; sans doute, il faudra en général pour un pareil acte l'approbation de l'assemblée générale, parce que même fait avec un tiers, il dépasserait les pouvoirs du conseil d'administration; mais si,

(1) Le législateur belge est moins défiant; la loi de 1873 ne contient en principe aucune prohibition : « L'administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société, dans une opération soumise à l'approbation du conseil d'administration, est tenu d'en prévenir le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération. » Article 50, § 1. « Tout se réduit, dit M. Guillery, à l'interdiction absolue de prendre part à une délibération sur une opération où l'on a un intérêt opposé à celui de la société. » (*Des soc. com. en Belgique*, t. II, p. 643). Conforme : article 26, § 1, projet Roumain.

(2) V. sur ce point : Mathieu et Bourguignat, n° 232; Lyon-Caen et Renault, n° 489; Boistel, n° 312.

par exception, les statuts donnent à ce conseil les pouvoirs nécessaires à une vente ou un achat d'immeuble, ces pouvoirs lui suffiront pour vendre ou acheter à un administrateur comme il pourrait le faire à toute autre personne. Une vente immobilière est, en effet, un acte isolé, n'ayant point pour effet de produire ces rapports suivis ou prolongés qui sont le trait caractéristique des marchés et entreprises (1).

Même en ce qui concerne les marchés et entreprises proprement dits, la prohibition ne s'applique qu'à ceux qui sont conclus de gré à gré; elle est inapplicable à ceux qui se font par adjudication, avec publicité et concurrence. Cette distinction n'est point faite, il est vrai, par le texte de l'article 40; et on pourrait même argumenter contre elle, par analogie, de l'article 1596 C. C. Néanmoins elle doit être admise, comme résultant des déclarations formelles faites au Corps législatif lors de la discussion de l'article 40. Le ministre du commerce et le rapporteur de la commission ont déclaré l'un et l'autre que, suivant l'usage, l'interdiction n'était pas applicable aux adjudications avec publicité et concurrence : que les mots *marchés* et *entreprises* ne s'appliquaient pas à cette hypothèse (2). Il est clair du reste que, si la publicité est sérieuse, il n'y a plus à craindre dans ce cas les abus qui ont motivé la disposition de l'article 40, et qu'en conséquence l'interdiction n'a plus de raison d'être.

Lorsqu'il s'agit d'actes tombant sous le coup de la prohibition telle que nous venons de la définir, les administrateurs ne peuvent y *prendre* ni y *conserver aucun*

(1) *Contra* : De Courey, *loc. cit.*, p. 181.

(2) Tripiér, t. II, p. 237 et s.

intérêt direct ni indirect : non-seulement donc ils ne peuvent traiter en leur propre nom, directement, avec la société, mais encore ils ne peuvent tirer un profit indirect des marchés ou entreprises auxquels ils n'auraient pas été personnellement parties. C'est aux tribunaux à apprécier la gestion en fait : on peut citer comme exemple le cas où une même personne serait à la fois administrateur de deux sociétés anonymes ; l'une ne pourrait passer un marché avec l'autre, car son administrateur aurait dans ce marché un intérêt indirect.

En serait-il encore de même si l'administrateur n'était que simple actionnaire de la société avec laquelle devrait se conclure le marché ? Une distinction nous paraît nécessaire pour répondre à cette question. Si l'administrateur n'avait qu'un petit nombre d'actions, l'intérêt indirect n'est pas suffisant pour donner lieu à l'interdiction. On admettrait le contraire si, par le nombre de ses actions, il y jouissait d'une situation prépondérante qui lui apporterait de gros bénéfices. C'est là une question de mesure laissée à l'appréciation discrétionnaire des tribunaux (1).

On voit que, même restreint par l'article 40, la prohibition a encore une étendue considérable. Aussi a-t-on eu raison, suivant nous, d'admettre, contrairement à un amendement qui avait été proposé (2), que cette prohibition pourrait être écartée, et que le traité serait valable s'il avait été autorisé par l'assemblée générale. La solution contraire aurait pu être fort gênante en pratique, et il n'y a pas grand inconvénient, croyons-nous, à permettre les entreprises et marchés ainsi autorisés. On a,

(1) Vavas seur, tom. II, n° 825.

(2) Tripi er, tom. I, p. 249 et 250 ; tom. II, p. 235 et 236.

d'ailleurs, écarté les plus graves dangers, en adoptant le § 2 du même article 40, aux termes duquel, « il est chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés et entreprises par elle autorisés (1). » On prévient ainsi, au moins en grande partie, les fraudes qui auraient pu se produire, et qui devront s'arrêter devant cette publicité forcée.

La sanction de notre article 40 n'est point sans soulever quelques difficultés. Elle pourrait consister d'abord dans la révocation de l'administrateur qui, au mépris de cet article, aurait pris ou conservé un intérêt quelconque dans un marché fait avec la société. Ce premier point n'est contesté de personne, et il ne peut faire doute pour nous, puisqu'à nos yeux tout administrateur est essentiellement révocable *ad nutum*. Une seconde sanction, non moins certaine, consiste dans le droit, pour la société, de demander à l'administrateur des dommages-intérêts pour le préjudice que lui aurait causé l'exécution du marché ou de l'entreprise. Il importe seulement de remarquer que ces dommages-intérêts, qui, bien entendu, manqueraient complètement de base si le marché avait en fait été avantageux à la société, ne doivent même pas toujours comprendre le montant intégral du préjudice causé par ce marché; peut-être, en effet, ce préjudice ne résulte-t-il point de la présence de l'administrateur, et peut-être se serait-il produit même dans un marché passé

(1) Cette disposition a été adoptée par la loi Belge, dans les termes suivants : « Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles un des administrateurs aurait eu un intérêt opposé à celui de la société. » Art. 50, § 2. Conforme, art. 26, § 2, projet Roumain.

avec tout autre. C'est aux tribunaux à apprécier en fait si le dommage découle bien réellement de l'ingérence de l'administrateur; un marché que celui-ci aurait passé de bonne foi et exécuté avec loyauté, mais qui aurait constitué la société en perte par un motif purement fortuit, par exemple, par suite d'une baisse subite et imprévue des marchandises fournies, un pareil marché pourrait fort bien ne donner lieu à aucune action en dommages-intérêts; car, dans ce cas, il serait impossible d'imputer à l'administrateur la perte que la société aurait subie (1).

A côté de ces deux premières sanctions, faut-il en admettre une troisième, qui consisterait dans la nullité ou la résiliation du traité passé contrairement à l'article 40? Cette question est discutée. Suivant l'opinion générale, que nous adoptons pleinement, il faut y répondre par une distinction. Si l'administrateur a dans l'acte un intérêt simplement indirect, on ne pourra songer à en demander la nullité; cette nullité atteindrait en effet le tiers, peut-être de très-bonne foi, avec lequel le traité a été passé; et il est impossible, en l'absence d'une disposition formelle, de donner à l'article 40 une sanction aussi exorbitante. Si, au contraire, c'est l'administrateur lui-même qui a contracté directement avec la société, celle-ci sera fondée à demander la nullité de l'acte; on peut dire, dans cette hypothèse, que le législateur traite la société comme un incapable, puisqu'il prohibe un acte dans son intérêt et en vue de la protéger. Le traité pourra donc être annulé comme fait par un incapable. Mais il faut pour cela qu'il ait été passé au moment où l'administrateur était déjà en fonctions. S'il est nommé postérieurement à l'acte, la loi

(1) Vavasseur, tom. II, n° 828; Pont, *loc. cit.*, n° 1642.

lui interdit, il est vrai, de *conserver* aucun intérêt dans le traité en cours d'exécution; mais ce traité ne saurait devenir nul pour cela, car c'est au moment où un acte est passé que l'on apprécie sa validité, et il ne saurait être annulé par des circonstances postérieures (1).

§ 3. *Responsabilité des administrateurs.*

La responsabilité des administrateurs peut être engagée, soit par l'omission des formalités initiales nécessaires pour que la société soit valablement constituée, soit par les fautes qu'ils peuvent commettre au cours de leur gestion. Cette dernière cause de responsabilité est la seule qui rentre pleinement dans l'objet de notre étude, puisque nous traitons de l'administration des sociétés anonymes, et non de leur constitution. Néanmoins, comme il importe d'avoir une idée d'ensemble sur les fonctions des administrateurs, et comme d'ailleurs les questions qui se sont élevées sur leur responsabilité dans la constitution de la société ont une importance capitale, nous allons les examiner brièvement. Nous étudierons ensuite avec plus de détails leur responsabilité pour leur gestion au cours de la société.

I. *Responsabilité pour omission des formalités initiales* (2). Cette première source de responsabilité découle

(1) En ce sens : Lyon-Caen et Renault, n° 480, p. 255. — *Contra*, Alauzet, *loc. cit.*, n° 756 : « La seule sanction que l'article 40 pût recevoir s'il était violé, serait les dommages-intérêts contre l'administrateur. »

(2) Les conditions ou formalités initiales, dont l'omission entraînerait la nullité, sont celles qu'édicte les articles 22, 23, 24 et 25.

de l'article 42 : « Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. La même responsabilité, etc... » Cet article a soulevé un grand nombre de difficultés.

Il renferme d'abord une erreur de rédaction qui est reconnue de tous. Il parle de la responsabilité dérivant non pas seulement de la nullité de la société, mais aussi de la nullité *des actes et délibérations* postérieurs à la constitution, et il en parle comme nullité découlant de l'article 41. Or, cet article 41 nous indique bien les cas de nullité de la société elle-même, mais il est muet sur la nullité de ces actes et délibérations. Le renvoi est donc

(Article 41). Donc, la société anonyme sera nulle et de nul effet : 1° Si la société a émis des actions hors du rapport conclu avec le capital de constitution (articles 1 et 24). 2° Si le capital n'a pas été intégralement souscrit ou le quart du capital n'a pas été versé ; si les fondateurs ont omis de faire la déclaration de souscription et de versement (art. 1 et 24). 3° Si les actions ou coupons d'actions sont déclarés négociables avant le versement du quart (art. 2 et 24). 4° Si les apports en nature n'ont pas été vérifiés et approuvés par l'assemblée générale selon les formes prescrites (art. 4 et 24). 5° Si les actions sont créées au porteur, ou si nominatives dans l'origine, elles ont été d'une façon générale converties en actions au porteur, sans qu'une clause expresse des statuts autorise cette conversion, ou si elle a été votée avant que les actions eussent été libérées de moitié (art. 3 et 24). 6° Si les administrateurs n'ont pas été pris parmi les associés, etc (art. 22 et 24). 7° Si la société s'est constituée avec un nombre d'associés inférieur à sept (art. 23). 8° Si les fondateurs n'ont pas réuni l'assemblée générale ou si celle-ci n'a pas rempli toutes les conditions exigées par l'article 25. V. aussi : les dispositions relatives à la publication des actes de société, articles 55 et 56 de la loi de 1867.

en partie inexact : l'erreur provient d'un remaniement fait au texte primitif de l'article 41, qui, en effet, dans le projet, embrassait ces deux catégories de nullités, mais qui a été dédoublé et dont la dernière partie a été pour des raisons de méthode, transportée à l'article 61, § 2. C'est en ce sens qu'il faut corriger ou plutôt compléter le renvoi de notre article 42. Au reste nous retrouverons plus loin ce qui concerne la nullité de ces actes et délibérations. Nous nous attachons tout d'abord exclusivement à la nullité de la société elle-même et aux responsabilités qu'elle entraîne.

D'après notre article 42, trois catégories de personnes peuvent être déclarées responsables de cette nullité : 1° les fondateurs; 2° les administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue; 3° enfin, les associés dont l'apport ou l'avantage n'a pas été approuvé. Nous n'avons pas à nous occuper des fondateurs, ni des associés à apport ou avantage particulier. Pour les administrateurs, dont nous devons parler spécialement, plusieurs questions se sont élevées soit sur l'existence même de leur responsabilité, soit sur son étendue.

Cette responsabilité existe, d'après l'article 42, à la charge des administrateurs *en fonctions au moment où la nullité a été encourue*. Il y a deux hypothèses dans lesquelles cette formule est certainement applicable, et dans lesquelles par conséquent aucun doute ne semble pouvoir s'élever sur l'existence de la responsabilité : 1° elle s'applique d'abord, quelle que soit la cause de nullité encourue, aux administrateurs statutaires. Ceux-ci, en effet, non soumis pour leur nomination à l'investiture de l'assemblée générale, sont en fonctions dès le début même de l'entreprise. Toute nullité encourue le sera donc pen-

dant la durée de leurs fonctions, et il sera juste de les en rendre responsables, car ils avaient le devoir strict, dès le premier moment, au même titre que les fondateurs, de veiller à l'accomplissement des formalités initiales; 2° lorsque les premiers administrateurs ont été nommés, non par les statuts, mais par l'assemblée générale, il y a une cause particulière de nullité dont ils sont encore certainement responsables : c'est celle qui serait encourue par défaut ou insuffisance de publication de l'acte de société. Cette cause n'est pas prévue expressément par l'article 42, car il ne renvoie pas aux articles 55 et 56 où il en est traité. Mais la responsabilité doit exister, dans ce cas, suivant les termes du droit commun. Or, il faut observer que les articles 55 et 56 donnent, pour l'accomplissement des formalités de publicité, un délai d'un mois, et que ce délai ne commence à courir que du jour de la constitution de la société, c'est-à-dire du jour où les premiers administrateurs acceptent leurs fonctions. C'est donc encore pendant la durée de leurs fonctions que cette cause de nullité est encourue, et ils doivent en être rendus responsables (1).

Ces deux hypothèses mises à part, la question de savoir si les premiers administrateurs doivent être rendus responsables de l'omission des formalités initiales est fort controversée. Pour la négative, on invoque surtout cette idée que la nomination des administrateurs non statu-

(1) Ces deux cas de responsabilité sont en effet admis par quelques-uns des auteurs qui rejettent, dans les hypothèses ordinaires, la responsabilité des administrateurs. V. Pont, *loc. cit.*, nos 1293, 1295. D'autres auteurs cependant, soutenant une thèse plus radicale, repoussent même dans ces cas la responsabilité des administrateurs. V. Mathieu et Bourguignat, n° 243; Alauzet, *loc. cit.*, n° 759.

taires est le *dernier des actes constitutifs* de la société, que par conséquent ils ne peuvent être responsables des omissions ou erreurs qui se sont produites dans les formalités antérieures, puisque toutes ces formalités ont eu lieu à un moment où ils n'étaient point encore en fonctions. Quant à l'article 42, il est vrai, dit-on dans ce système, qu'il fait mention des administrateurs, mais il s'agit de bien comprendre sa disposition : il parle, on s'en souvient, de deux causes de nullité, celle de la société elle-même, et celle des actes et délibérations postérieurs. Pour entendre l'article dans un sens rationnel, il faut dire que ces deux causes de nullité sont imputables non pas *cumulativement* aux administrateurs et aux fondateurs, mais *distributivement* à chacune de ces catégories de personnes : aux fondateurs, la responsabilité des omissions qui rendent nulle la société elle-même; aux administrateurs, celle des nullités encourues pendant leurs fonctions, c'est-à-dire des nullités qui s'attachent aux actes et délibérations de l'article 61 (1).

Cette manière d'entendre l'article 42 ne nous semble pas admissible, et elle est en effet rejetée par la jurisprudence et par un grand nombre d'auteurs. Pour nous, les premiers administrateurs sont responsables de l'omission des formalités initiales. Le principe de leur responsabilité se trouve dans l'obligation qui leur est imposée de vérifier, en entrant en fonctions, si la société est va-

(1) V. Pont, *loc. cit.*, n° 1294; Mathieu et Bourguignat, n° 243; Alauzet, n° 759; Sourdat, *Responsab.*, t. II, n° 1249; Lescœur, *Essai sur la législation des sociétés commerciales*, nos 303 et suiv.; Berton, *De la responsabilité des fondateurs et administrateurs des sociétés anonymes*, p. 163 et suiv.; Montpellier, 5 février 1881 (*Journal des sociétés*, 1880, p. 193).

lablement constituée; la faute qu'ils commettent consiste précisément à commencer leur gestion sans avoir fait régulariser la position de la société. La loi ne leur impose pas expressément cette obligation ⁽¹⁾, comme elle le fait pour les commissaires de surveillance dans les sociétés en commandite; mais elle la leur impose *indirectement* en les déclarant responsables des conséquences de la nullité. Cette déclaration de responsabilité est écrite clairement dans l'article 42, qui les déclare responsables de toute nullité encourue pendant leurs fonctions. « Pour savoir si les administrateurs sont responsables, dit la Cour de Paris dans un arrêt fortement motivé ⁽²⁾, il faut uniquement constater *s'ils sont en fonctions au moment où la nullité est encourue*. Or, ce moment n'est pas celui où intervient la déclaration de versement du capital faite par les fondateurs (dans l'espèce, c'était l'inexactitude de cette déclaration qui avait entraîné la nullité de la société), *mais celui auquel la société est constituée* : ce n'est pas, en effet, la nullité de la déclaration, mais celle de la société qui est prononcée par la loi. Si le *germe* de cette nullité se trouve dans la déclaration inexacte des fondateurs, la cause déterminante est la constitution de la société avant le versement du quart du capital. La société ne peut pas être annulée avant d'avoir été constituée, et, aux termes de l'article

(1) Dans ce système du projet de la Commission extra-parlementaire, il ne peut y avoir de doutes que les administrateurs sont obligés de vérifier si la société est valablement constituée; cela résulte certainement des dispositions de l'article 99, combinées avec celles des articles 16 et 42 du projet.

(2) Paris, 28 mai 1869, D. 68. 2. 145. Cet arrêt concerne une société fondée sous le régime de la loi du 23 mai 1863, dont l'article 25 était conçu dans les mêmes termes que notre article 42.

6 de la loi du 23 mai 1863 ⁽¹⁾, elle ne l'est « *qu'après l'acceptation par les administrateurs des fonctions qui leur sont confiées.* » Ceux-ci sont donc nécessairement en fonctions au moment où la nullité est encourue, et ils doivent en être rendus responsables ⁽²⁾ ⁽³⁾.

Cette responsabilité est solidaire, d'après l'article 42 lui-même. Il résulte de notre doctrine qu'il y aura solidarité entre les premiers administrateurs et les fondateurs, puisque les uns et les autres sont responsables du même fait, la nullité de la société. Dans la doctrine contraire, il faudrait dire qu'il y a solidarité *séparée*, d'une part entre les fondateurs pour la nullité de la société, d'autre part entre les administrateurs pour la nullité des

(1) Article 23 de la loi de 1867.

(2) V. en ce sens (outre l'arrêt cité plus haut), Cass., janvier 1873, D. 73. 1. 331; Cass., 2 juillet 1873, D. 74. 1. 49; Cass., 13 mars 1876, D. 77. 1. 49; Cass., 1^{er} et 14 novembre 1876, D. 77. 1. 49; Cass., 16 janvier 1878, *Journal du Palais*, 1878, 1169; 25 février 1879, D. 80. 1. 20; Paris, 5 décembre 1881, *Le Droit*, 2-3 janvier 1882; 13 janvier 1882 et Lyon, 9 février 1883; *Revue des Sociétés*, février et avril 1883; Boistel, n° 315; Lyon-Caen et Renault, n° 472; Bédarride, *loc. cit.*, t. II, n° 483; Vavasseur, t. II, nos 834 et 809; Gaston Griolet, note dans Dalloz, 1869. 2, p. 147. — M. Rataud à son cours.

(3) Cette solution s'impose, croyons-nous, en l'état actuel de la législation. Mais est-ce à dire qu'elle est juste et équitable? Nous sommes loin de le penser, et nous approuvons fort le législateur Belge qui décharge les administrateurs de la responsabilité résultant « de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites pour les actes de souscription et de la nullité d'une société dérivant du défaut d'acte authentique ou d'une des conditions requises par la loi. » L'article 34 (de la loi Belge), qui règle la matière, ne parle, en effet, que des fondateurs. — Conforme : article 10, projet Roumain. Le projet de loi de la Commission extra-parlementaire laisse subsister la responsabilité des administrateurs, mais seulement d'une manière facultative pour les juges (V. art. 42, § 2 du projet).

actes et délibérations. Ce résultat nous semble apporter encore une confirmation indirecte à notre théorie, car le texte de l'article établit sans distinction une responsabilité solidaire entre tous, et il est difficile de le plier à l'idée de deux solidarités distinctes, s'appliquant dans deux sphères différentes.

Nous avons dit que la base de la responsabilité des administrateurs, pour les cas de nullité, était l'obligation, que la loi leur imposait implicitement, de vérifier si la société se trouvait valablement constituée. Ce motif ne nous conduira-t-il pas à imposer la même responsabilité, non-seulement aux premiers administrateurs, mais même aux administrateurs postérieurs? Ne pourra-t-on pas dire que les uns comme les autres sont obligés, avant d'entrer en fonctions, de vérifier si la société était valablement constituée, et qu'ils doivent tous être également responsables de sa nullité? En principe, nous ne le pensons pas; l'article 42 n'impose les conséquences de la nullité qu'aux administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue, et cela ne peut s'appliquer qu'aux premiers administrateurs. Ceux qui leur succèdent ne tomberont donc pas sous le coup de l'article 42; légalement ils ne seront pas obligés, en entrant en fonctions, de rechercher si la société se trouve exposée à quelque ancienne cause de nullité. Mais ils seront soumis, sur ce point comme sur tout autre, à la responsabilité de droit commun : si, par conséquent, ils avaient de mauvaise foi pris la direction d'une société qu'ils savaient nulle, ou si cette nullité était tellement patente que l'on pût considérer l'ignorance des administrateurs comme une faute lourde, ils pourraient en être déclarés responsables. C'est dans ce sens que nous approuvons un jugement du

Tribunal de la Seine du 12 mars 1881 ⁽¹⁾, qui déclare responsables de la nullité des administrateurs postérieurs. Mais il ne faudrait pas conclure de ce jugement que tout administrateur soit obligé de vérifier la validité de la société. Car c'est là une obligation qui ne leur est imposée nulle part dans la loi.

Reste une dernière question, qui est des plus controversées : lorsque les administrateurs sont responsables à raison de la nullité de la société, quelle est exactement la mesure de leur responsabilité? Si on n'avait pour résoudre cette question que le droit commun, aucune hésitation ne serait possible : être civilement responsable d'un acte, c'est être obligé à réparer le préjudice causé par cet acte (art. 1382 C. C.); être responsable de la nullité de la société, ce serait donc aussi être condamné à réparer le préjudice résultant de cette nullité. Le montant de ce préjudice, ni plus ni moins, telle serait la mesure de l'action en responsabilité. Or, si l'on examine à quelles personnes la nullité de la société peut causer un dommage, on s'aperçoit qu'il y en a deux catégories : d'une part les actionnaires, et d'autre part les tiers, avec qui la société a pu contracter pendant son existence apparente. Quant aux actionnaires, tout le monde s'accorde à leur faire l'application du droit commun ; ce qui leur est dû par les personnes responsables de la nullité, c'est le dommage résultant de cette nullité, et rien au delà. Si donc la ruine de la société a été motivée par des causes absolument étrangères à l'annulation qui en a été prononcée, aucune indemnité ne leur sera due, de

(1) Journal *la Loi* des 14-15 mars 1881 ; Cpr. Req. 25 janv. 1879, D. 80. 1. 20.

ce chef, par les administrateurs responsables (1). Mais ce que tout le monde admet à l'égard des actionnaires est au contraire vivement discuté à l'égard des tiers créanciers de la société. La jurisprudence, suivie en cela par quelques auteurs, admet qu'à leur égard, l'article 42 a consacré une sorte de responsabilité spéciale; envers eux, l'administrateur (ou le fondateur) responsable de la nullité est tenu non-seulement du dommage causé par cette nullité, mais *de la totalité des dettes sociales*. En d'autres termes, « les administrateurs *se trouvent substitués* à l'être moral qui, par leur faute ou leur négligence, est reconnu n'avoir pas d'existence légale, et sont tenus des mêmes obligations (2). » Nous examinerons aussi brièvement que possible cette théorie contre laquelle se sont élevées les réclamations presque unanimes de la doctrine.

L'arrêt dans lequel le système de la jurisprudence se trouve motivé avec le plus de soin est celui de la Cour de Paris du 28 mai 1869 (3). L'argument fondamental consiste à dire qu'en principe tout associé d'une société commerciale qui traite avec un tiers s'oblige personnellement; que, si les administrateurs des sociétés anonymes sont exonérés de cette obligation, c'est par exception, par faveur; qu'en conséquence, si la société est nulle,

(1) Ceci est admis par la jurisprudence dans les arrêts mêmes qui étendent, comme nous allons le voir, la responsabilité envers les tiers : V. Paris, 16 juillet 1869. Cass., 30 décembre 1872, D. 73. 1. 330; Paris, 13 janvier 1882; *Revue des sociétés*, 1883, février, p. 89.

(2) Cass., 27 janvier 1873, D. 73. 1. 331.

(3) D. 69. 2. 145. C'est cet arrêt qui a été confirmé par Cass., 27 janv. 1873, cité plus haut.

on rentre dans le droit commun, c'est-à-dire qu'il ne reste plus qu'une société de fait dont les membres ne sauraient réclamer aucun privilège. Le principe ainsi posé, on le soutient par divers arguments de texte. L'article 42, dit-on, déclare, d'une manière générale, les fondateurs et administrateurs *responsables*; il les transforme donc en *associés responsables*; or, c'est là précisément le terme consacré pour désigner un associé tenu de la totalité des dettes sociales. Si ce n'est pas cette idée que l'article 42 a voulu exprimer, ce texte est complètement inutile, il fait double emploi avec l'article 44, qui prononce, contre les administrateurs, la responsabilité de droit commun pour toutes les fautes par eux commises; pourquoi deux articles différents si l'un n'ajoute rien à l'autre? L'article 42 ajoute donc au droit commun; et cela est confirmé par le soin qu'a pris le législateur de distinguer, dans l'hypothèse qu'il prévoit, le droit des actionnaires et le droit des tiers; pour les premiers, il renvoie au droit commun, par ces mots : *sans préjudice des droits des actionnaires*; pour les tiers, il édicte au contraire une responsabilité spéciale, qui doit être nécessairement plus étendue que la responsabilité envers les actionnaires, et qui doit comprendre, par conséquent, la totalité des dettes sociales.

Disons-le tout de suite : aucun des arguments que nous venons d'exposer ne nous paraît concluant. L'argument de principe sur lequel on base le système tout entier n'est pas admissible; le droit commun des sociétés n'est nullement, comme on le prétend, l'obligation personnelle *in infinitum* de tous les associés. La vérité est que, sur ce point, il n'existe pas de droit commun des sociétés, chacune d'elles est régie par les règles qui lui sont pro-

pres; et le principe, dans les sociétés anonymes, c'est, non pas l'obligation personnelle des associés, mais au contraire la limitation de la responsabilité à la mise. C'est d'après ce principe et non d'après un droit commun imaginaire que doit se régler la position de la société anonyme lorsqu'elle est annulée, et cela est admis par la jurisprudence elle-même, car elle décide très généralement : d'une part qu'entre les actionnaires la liquidation de la société annulée doit se faire d'après les règles des statuts; d'autre part, que, même envers les tiers, les actionnaires de cette société nulle ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur mise. C'est donc aux fondateurs et administrateurs *seuls* que la jurisprudence impose l'obligation à la totalité des dettes sociales; par là même elle montre bien qu'elle leur applique non pas le droit commun, comme elle le prétend, mais au contraire une responsabilité toute exceptionnelle, et elle détruit elle-même l'argument de principe sur lequel elle s'appuie. Nous le répétons, il n'y a pas de droit commun à toutes les sociétés; et quant au droit commun des sociétés anonymes, il est tout autre; il se résume en deux propositions incontestables : 1° tous les associés, y compris les administrateurs, ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leur mise; 2° toute personne est tenue de réparer le préjudice qu'elle a causé; par conséquent, les administrateurs, par la faute de qui la société se trouve nulle, sont tenus de réparer le préjudice causé par cette nullité. C'est en cela, et en cela seulement que consiste, une fois le versement de leur mise effectué, leur obligation personnelle; leur en imposer une plus étendue, c'est sortir du droit commun, c'est leur impo-

ser une véritable pénalité (1). Pour établir une pénalité, il faut un texte formel; ce texte existe-t-il? C'est ce qu'il nous reste à examiner, et nous nous trouvons ainsi ramenés à la discussion des arguments de texte que la jurisprudence a fait valoir.

Le premier de ces arguments est tiré de la comparaison des articles 42 et 44 : ces deux textes feraient double emploi, dit-on, si le premier n'édicteait pas une responsabilité extraordinaire. Nous croyons qu'il n'en est rien : l'article 42 n'est pas inutile, même auprès de l'article 44, parce que les deux textes ne prévoient pas la même hypothèse : le dernier est relatif aux fautes commises par les administrateurs *au cours de la gestion*; l'autre concerne la responsabilité qu'ils encourent à raison de la nullité de la société, ou de certaines délibérations postérieures fort importantes. Sans doute, ces deux responsabilités auraient pu être comprises dans une même formule; la loi a eu cependant raison de les distinguer : l'une, celle de l'article 44, n'est imputable qu'aux administrateurs; l'autre, celle de l'article 42, est imputable à la fois aux administrateurs, aux fondateurs, et aux associés dont les apports n'ont pas été approuvés. Cette opposition entre les deux hypothèses est donc insuffisante pour en faire ressortir dans l'une d'elles une responsabilité pénale. Le texte de l'article 42 lui-même n'est pas plus concluant : il déclare les administrateurs *responsables*, ce que l'on traduit par *associés responsables tenus* IN INFINTUM. La traduction est inexacte : la loi n'a pas dit que

(1) Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 mars 1874 semble en effet s'attacher à cette idée de pénalité, et contient, par conséquent, un aveu de la nature toute exceptionnelle de la responsabilité imposée aux administrateurs par la jurisprudence. V. D. 77. 1. 49.

les administrateurs étaient des associés responsables; elle a dit simplement qu'ils étaient responsables, mais de quoi? apparemment du préjudice qu'ils ont causé, car c'est là le droit commun; toute autre interprétation dépasse la portée des termes et force le sens du texte. Quant à l'opposition entre les *tiers* et les *actionnaires*, d'où l'on a voulu tirer la même conclusion, elle ne forme pas un argument plus solide; le texte dit que les administrateurs sont responsables *envers les tiers sans préjudice des droits des actionnaires*; s'il avait dit qu'ils sont responsables *envers les tiers et envers les actionnaires*, il faudrait certainement accorder des droits égaux à ces deux catégories de personnes; or, qui ne voit qu'entre les deux formules proposées il n'y a qu'une simple différence de rédaction, et qu'en faire découler deux responsabilités distinctes, c'est attacher un sens bien subtil à un membre de phrase qui peut être entendu de manière beaucoup plus simple? Si le législateur avait voulu faire cette distinction, il lui était vraiment facile de s'expliquer plus clairement.

En somme, il n'y a, dans tous les arguments de texte invoqués, rien qui nous autorise à établir une responsabilité pénale, tout à fait en dehors des principes généraux de la responsabilité. Tout au contraire, on nous dit que les administrateurs sont responsables, sans dire dans quelle mesure; cela signifie bien clairement qu'ils sont responsables dans les termes du droit commun, c'est-à-dire seulement du préjudice causé. Cela suffirait, et il serait inutile de pousser plus loin l'argumentation; car, lorsqu'on est sur le terrain du droit commun, il suffit, pour fonder sa propre doctrine, de réfuter les textes allégués par l'adversaire. Mais ici, il y a plus; et la

solution à laquelle nous avons abouti par la réfutation de la jurisprudence peut se trouver fortifiée par plusieurs arguments directs. En elle-même d'abord, cette solution est la seule qui satisfasse l'esprit, la seule qui n'aboutisse pas à une injustice criante : être obligé de réparer le dommage résultant de sa faute, c'est justice; mais être obligé de payer au delà de ce dommage, d'indemniser un tiers d'un préjudice qu'on ne lui a pas causé, ce serait absolument arbitraire; ce serait une pénalité qui serait, dans un très grand nombre de cas, hors de toute proportion avec la faute commise; car peut-être le préjudice causé aux tiers par la nullité de la société est-il presque nul, tandis que les dettes provenant de la gestion postérieure sont fort considérables. Dans une hypothèse semblable, on aboutirait, étant donné le système de la jurisprudence, à ce résultat bizarre qu'il serait plus avantageux pour un tiers d'avoir traité avec une société nulle qu'avec une société valable; car, dans ce dernier cas, il n'aurait pour gage que le fonds social, au lieu que, la société étant nulle, il se trouve avoir une action personnelle contre tous les fondateurs et premiers administrateurs. Sans doute cette théorie, toute arbitraire et bizarre qu'elle soit, devait être adoptée si elle avait pour elle un texte formel. Ce texte formel, qui ne se trouve pas dans la loi de 1867 (nous l'avons démontré), se trouvait au contraire dans la loi de 1856 sur les sociétés en commandite : à cette époque l'esprit de rigueur régnait exclusivement, on se trouvait sous l'impression de graves abus antérieurs qu'il s'agissait d'arrêter; on crut donc n'être pas trop sévère en déclarant qu'en cas d'annulation de la société les membres du conseil de surveillance seraient responsables « de toutes les opérations

faites postérieurement à leur nomination. » C'est la doctrine même admise aujourd'hui par la jurisprudence à l'égard des fondateurs et administrateurs de la société anonyme. Mais, dans les années qui suivirent 1856, on s'aperçut qu'on était allé trop loin dans la voie de la rigueur, et qu'il était à la fois possible et utile d'accorder aux sociétés commerciales une plus forte somme de liberté. C'est de ce mouvement libéral qu'est la loi de 1867, et, sur le point particulier qui nous occupe, l'article 8 de cette loi est venu en effet modifier, dans le sens de l'indulgence la loi de 1856, en limitant la responsabilité des membres du conseil de surveillance au dommage « résultant de l'annulation de la société. » Cela est certain en ce qui concerne la société en commandite; ce n'est que pour la société anonyme que la loi aurait, soutient-on, maintenu l'ancienne sévérité; elle aurait jugé qu'il y avait lieu d'être plus méfiant envers les administrateurs des sociétés anonymes qu'envers les membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite. Suivant nous, il n'en est rien, et l'historique de la rédaction de l'article 42 va achever de démontrer notre thèse. Cet article est la reproduction textuelle de l'article 25 de la loi de 1863 sur les sociétés en responsabilité limitée. Nous pouvons donc consulter les travaux préparatoires de cette dernière loi; or, si nous examinons le projet primitif, nous voyons que ce projet reproduisait la disposition rigoureuse de la loi de 1856 : les administrateurs, disait l'article 12, sont responsables... *de la totalité des dettes sociales*. Mais, déjà en 1863, on commençait à revenir, en matière de société, à des idées plus larges et plus libérales, et cette loi même du 19 mai 1863 en est la preuve. Nous ne devons donc pas être

étonnés de constater que, dans la rédaction définitive de l'article 12, devenu l'article 25, les mots *de la totalité des dettes sociales* ont disparu. Le motif de cette suppression n'est pas, il est vrai, indiqué avec clarté dans les débats; mais il paraît évident à la simple lecture des deux textes successifs : on a voulu précisément, en retranchant ces mots, marquer que les administrateurs n'étaient pas responsables de la totalité des dettes, mais seulement du dommage par eux causé; on a voulu, en d'autres termes, revenir à la théorie seule juste et équitable que nous avons soutenue, théorie qui, croyons-nous, se trouve ainsi celle de la loi aussi bien pour les sociétés anonymes que pour les sociétés en commandite.

Cependant, nous l'avons dit, si nous avons en notre faveur la plus grande partie des auteurs qui ont écrit depuis la loi de 1867, la thèse contraire est celle de la jurisprudence ⁽¹⁾, qui paraît définitivement fixée. Nous ne pouvons donc, en terminant cette discussion, qu'exprimer notre vœu de voir le législateur intervenir pour sanctionner une doctrine qui, suivant nous seule conforme au texte de la loi, est certainement aussi seule équitable, seule en harmonie avec les idées de liberté et de justice qui doivent en somme, étant admises toutes les res-

(1) V. outre les arrêts cités aux notes précédentes : Cass., 2 juillet 1873, D. 74. 1. 50; 13 mars 1876, D. 77. 1. 47; 13 et 14 novembre 1876, D. 77. 1. 49; Lyon, 8 février 1883, *Revue des soc.*, avril 1883. Dans le même sens : Lyon-Caen et Renault, n° 473; Léon Choppart; *Rev. crit.*, 1878, p. 65; Griole, D. 69. 2. 145; M. Rataud à son cours. — Dans le sens de notre opinion : Vavasseur, n° 846 (V. aussi *Le Droit*, 8 novembre 1874); Pont, *loc. cit.*, n°s 1304 et s.; Mathieu et Bourguignat, n° 244; Alauzet, *loc. cit.*, n° 759; Soudart, *loc. cit.*, n° 1250; Lescœur, n° 307; Berton, p. 185 et suiv.; Boistel, n° 316; Nîmes, 21 janvier 1881, D. 81. 2. 126.

trictions commandées par l'intérêt public, dominer la législation des sociétés commerciales (1).

§ 2. *De la responsabilité au cours de la société.*

L'article 42 que nous venons d'étudier, régit, nous l'avons vu, non-seulement la responsabilité des administrateurs au sujet de la nullité de la société elle-même; mais aussi leur responsabilité au sujet de la nullité de certaines délibérations, qui sont, avons-nous dit, les délibérations indiquées par l'article 61, al. 2. Ce sont celles qui ont pour objet la modification des statuts, la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, la dissolution avant ce terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associés, et tout changement à la raison sociale. Toutes ces délibérations, comme on le voit, présentent un

(1) En Belgique la controverse ne peut se soutenir. L'article 34, qui ne parle que des fondateurs (V. p. 48, note 3), suppose un dommage résultant directement de la fausseté des énonciations ou d'une omission touchant à des formalités essentielles, et les *intéressés* (tiers ou actionnaires) ne peuvent réclamer le paiement de toutes les dettes. « Tout au plus, dit M. Guillery, peut-on placer fictivement la société dans les conditions qu'elle eût réunies si la fondation avait été régulière, mais dire que, pour une faute qui engage la responsabilité, les fondateurs vont perdre tout le bénéfice de l'anonymat, se trouver associés en nom collectif, c'est ajouter à la loi, c'est créer une loi nouvelle (tom. II, n° 551). L'article 42 du projet de la commission extra-parlementaire, consacre la doctrine opposée à celle de la jurisprudence : « Lorsque la nullité de la société a été prononcée... les fondateurs auxquels elle est imputable sont solidairement responsables, à l'égard des tiers ou des actionnaires, *du dommage résultant de cette annulation*. La même responsabilité solidaire peut être appliquée contre les administrateurs en fonctions, au moment, etc. »

caractère particulier de gravité, et c'est pour ce motif qu'elles sont soumises aux formalités et pénalités des articles 55 et 56. Étant au point de vue de la responsabilité, régies par l'article 42, elles donnent lieu, comme les actes constitutifs de la société elle-même, à la question de savoir si la loi n'a voulu, dans ce texte, que faire l'application du droit commun, ou si elle a voulu édicter une responsabilité spéciale et exceptionnelle. C'est dans le premier sens que nous avons tranché la question, et nous maintenons ici notre solution; nous la maintenons même *a fortiori*, car il serait difficile de comprendre une obligation à toutes les dettes sociales, dérivant de la nullité, non de la société elle-même, mais uniquement de certaines délibérations postérieures à sa constitution.

En dehors de ces délibérations exceptionnelles, toutes les causes de responsabilité postérieures à la constitution de la société sont régies, non par l'article 42, mais par l'article 44; et ici la même difficulté sur la question de savoir s'il faut ou ne faut pas appliquer le droit commun ne saurait plus se présenter. L'article 44 dit en effet expressément : « Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers..., etc., » et l'exposé des motifs ajoute, avec plus de précision encore : « La rédaction nouvelle (c'est-à-dire celle-là même que nous venons de citer) n'a été préférée que parce qu'elle a paru exprimer plus clairement la volonté de subordonner la solution *de toutes les questions* que pourra faire naître la responsabilité des administrateurs *à l'influence des principes généraux*, sans y rien ajouter, sans en rien retrancher ⁽¹⁾. » Aucun doute

(1) Tripier, t. I, p. 47.

ne peut donc subsister, c'est au droit commun seul que nous devons emprunter les règles de la matière.

Or, si nous nous demandons quelles sont les règles de droit commun qui sont susceptibles de trouver ici leur application, nous verrons bien vite qu'il faut les emprunter à deux théories distinctes. La position des administrateurs est différente en effet suivant le point de vue sous lequel on l'envisage : *à l'égard de la société*, ce sont des mandataires; la théorie de droit commun dans laquelle il faudra puiser pour régler leurs relations avec la société, ce sera donc la théorie du mandat. *A l'égard des tiers*, au contraire, ils n'ont aucunement cette qualité de mandataires; les responsabilités qu'ils pourront encourir seront donc réglées, à ce point de vue, non par la théorie du mandat, mais par la théorie plus générale encore des dommages que l'on peut causer à autrui, c'est-à-dire par les articles 1382 et s. C. C.

Nous allons nous placer successivement à chacun de ces deux points de vue.

1° Responsabilité envers la société.

La responsabilité dérivant du mandat peut exister de deux manières : elle peut exister d'abord à l'égard de la société collectivement; ensuite à l'égard de chacun des membres de cette société, c'est-à-dire de chaque actionnaire individuellement.

I. Qu'elle existe à l'égard de la société elle-même considérée collectivement, cela ne peut faire aucun doute, puisque les administrateurs ont certainement à son égard la qualité des mandataires (art. 22, loi de 1867). Il ne sera donc pas nécessaire, pour que cette responsabilité soit

engagée, qu'ils aient commis un acte méritant la qualification de quasi-délit et tombant sous le coup de l'article 1382 C. C. Étant liés envers la société par un contrat, ils ont vis-à-vis d'elle des obligations plus étendues qu'envers les tiers auxquels ne les lie aucune relation contractuelle. Nous examinerons plus loin avec précision quelle est exactement leur position vis-à-vis de ces tiers ; mais dès à présent nous pouvons dire d'une manière générale qu'ils ne sont tenus envers eux que du préjudice qu'ils ont pu occasionner par leur *fait positif*, par exemple, par la publication des rapports mensongers, ou par la distribution de dividendes fictifs. Envers la société, au contraire, ils sont plus strictement obligés : comme mandataires, et à plus forte raison comme mandataires salariés, ils doivent employer leurs soins, leur zèle, leur capacité à assurer la bonne direction de la société, et à sauvegarder ses intérêts. Ainsi, dans les rapports et les bilans qu'ils présentent aux assemblées générales, il est bien évident d'abord qu'ils doivent ne pas altérer sciemment la vérité, ne pas énoncer des faits matériellement inexacts ; sinon ils se rendraient coupables d'un véritable quasi-délit. Mais ils doivent plus : ils ont l'obligation stricte, en vertu de leur position de mandataires, d'éclairer la société sur sa véritable situation ; ils sont donc en faute à son égard, si leur rapport, sans être mensonger quant aux faits matériels qu'il constate, présente des appréciations inexactes, des omissions ou des réticences capables d'induire en erreur l'assemblée générale, de la tromper sur le véritable état de la société. Et ce que nous disons des rapports ou des bilans qu'ils ont à présenter est vrai de tous les autres actes de leur administration : non-seulement ils ne doivent pas, par un fait actif quelconque,

causer un dommage à la société qu'ils administrent, mais encore ils doivent employer tous leurs soins à la maintenir dans une situation prospère, et à son égard la simple négligence, pourvu qu'elle présente un caractère suffisant de gravité, doit leur être imputée à faute (1).

Ceci bien compris, est-il possible maintenant d'énumérer les différentes circonstances dans lesquelles on pourra dire qu'il y a de leur part faute active ou passive, fait dommageable ou négligence de nature à entraîner leur responsabilité? Lors de la discussion de la loi de 1867, un amendement fut présenté, dans lequel on essayait de donner cette énumération; d'après cet amendement, les administrateurs devaient être déclarés responsables : 1° lorsqu'il y aurait eu violation des statuts; 2° lorsqu'il y aurait eu violation du cahier des charges; 3° lorsqu'il y aurait eu falsification des écritures ou des inventaires, ou bien distribution de dividendes fictifs. Mais cet amendement ne fut pas pris en considération (2), et ce fut avec toute raison; une énumération semblable n'aurait jamais pu être complète, et elle aurait permis de soutenir que toutes les causes de responsabilité non comprises dans ses termes devaient être écartées. L'article 44, tel qu'il est rédigé, ne permet pas une pareille méprise : il déclare les administrateurs responsables des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, et il ne cite l'une de ces fautes, la distribution des dividendes fictifs, qu'à titre d'exemple. La détermination des fautes est donc absolu-

(1) Nous citerons plus loin, quand nous aurons à préciser la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des tiers, les principales applications qui ont été faites par la jurisprudence de ces données théoriques.

(2) Tripiér, t. I, p. 250, et t. II, p. 240.

ment laissée à l'appréciation des tribunaux, qui jugeront souverainement si dans tel fait, ou dans telle négligence, il y a une faute de nature à engager la responsabilité des administrateurs. Cependant le texte, avant même de parler de fautes, mentionne spécialement, comme source de responsabilité, les *infractions aux dispositions de la présente loi*. Il y a en effet, relativement à ces infractions, quelque chose de particulier, et la mention qu'en fait la loi n'est point inutile : elle signifie que ce sont les administrateurs qui sont chargés de veiller à l'accomplissement des dispositions de la loi, et qu'en conséquence toute infraction à ses dispositions devra être considérée comme due à leur faute ou du moins à leur négligence. Il suit de là qu'une infraction de ce genre étant commise, les administrateurs ne pourront pas en rejeter la responsabilité en prétendant qu'elle n'est pas leur fait; il suffira de prouver que cette infraction a causé un préjudice pour qu'ils soient obligés de le réparer. Il en sera ainsi, par exemple, s'ils négligent de dresser l'inventaire ou l'état semestriel, s'ils omettent de prélever le vingtième des bénéfices pour la formation du fonds de réserve, s'ils violent l'article 40 qui leur défend de prendre ou conserver aucun intérêt dans les entreprises ou marchés passés avec la société, s'ils ne provoquent pas la réunion de l'assemblée générale en cas de perte des trois quarts du capital, etc., etc.

En dehors de ces hypothèses, et d'autres semblables qui constitueraient comme les précédentes une violation de la loi, le législateur n'a point déterminé les fautes, et par conséquent, nous le répétons, les a laissées d'une façon complète à l'appréciation des tribunaux. Nous croyons que cette règle générale doit s'appliquer même

aux faits qui constitueraient une violation des statuts; en d'autres termes, qu'il ne faut pas assimiler l'infraction aux statuts à la violation de la loi, et y voir toujours et nécessairement une faute. L'opinion contraire a cependant été soutenue, surtout avant la loi de 1867 : à cette époque, les sociétés anonymes n'existaient que moyennant autorisation, et cette autorisation n'était accordée qu'après examen de leurs statuts par le Conseil d'État. On semblait donc fondé à dire, à cette époque, que les statuts étaient une sorte de loi spéciale, imposée comme condition à l'existence même de la société, et que les administrateurs devaient veiller à leur observation tout aussi bien qu'à l'observation de la loi elle-même; dans ce système, adopté par quelques décisions judiciaires ⁽¹⁾ la violation des statuts aurait constitué par elle-même une faute grave entraînant la responsabilité des administrateurs. Mais, dès cette époque, la Cour de cassation avait rejeté cette opinion, et maintenu, même en ce cas, l'appréciation souveraine des tribunaux : « Il appartient à la Cour impériale, dit l'arrêt de cassation intervenu dans la même affaire ⁽²⁾, de rechercher si l'omission (d'une formalité prescrite par les statuts) constitue une *faute assez grave* pour donner lieu à des dommages-intérêts. » A plus forte raison en est-il de même aujourd'hui que les statuts, n'étant plus soumis à aucune autorisation, constituent un contrat ordinaire, d'ordre purement privé, et ne peuvent aucunement être assimilés à une loi. Sans doute, la violation des statuts

(1) V. Tribunal de la Seine, 27 janvier 1866, confirmé par arrêt de la Cour de Paris du 30 janvier 1867, D. 67. 2. 238.

(2) 24 janvier 1870, D. 70. 1. 177.

constituera le plus souvent une faute, donnant lieu à responsabilité si elle est dommageable; mais ce ne sera pas là une règle impérative pour les tribunaux qui conserveront, dans ce cas, la latitude d'appréciation qu'ils ont habituellement (1).

Cette latitude d'appréciation ne permet point de construire une théorie générale. La seule idée dominante qui puisse guider ici les juges, est celle que nous avons mis en relief dès le début : les administrateurs ayant envers la société la qualité de mandataires, on devra leur imputer à faute, non-seulement les faits positifs par lesquels ils auraient nui à la société, mais aussi les omissions et négligences dans l'accomplissement de leur mandat. Ajoutons cependant une remarque importante : de l'idée générale que nous venons de rappeler, il ne faudrait pas conclure que les administrateurs doivent être rendus responsables envers la société de toutes les conséquences fâcheuses des actes de gestion par eux accomplis (2). Dans toute exploitation commerciale ou industrielle, il y a des chances de perte, des risques inévitables, que l'administration la plus diligente et la plus habile ne parviendra jamais à écarter complètement. Comme l'a dit en termes frappants la Cour de Paris (3), les administrateurs ne sont pas *les assureurs des actionnaires*, et on ne peut pas les rendre responsables des pertes faites par la société, lorsque ces pertes ne proviennent pas d'une faute imputable tout au moins à leur négligence

(1) V. sur la matière : Vavasseur, n^{os} 854 et suiv., t. II; Bédarride, *loc. cit.*, n^o 495; Pont, *loc. cit.*, n^{os} 1700 et 1701; Mathieu et Bourguignat, n^o 253; Berton, 266 et suivants.

(2) Boistel, n^o 313 *bis*.

(3) 1^{er} août 1868, D. 69. 2. 65.

ou à leur incurie. Décider autrement, ce serait d'abord aller contre les intérêts de la société elle-même, qui verrait s'éloigner, par crainte des responsabilités à encourir, les administrateurs les plus capables de la bien diriger; ce serait ensuite se mettre en contradiction avec tous les principes de la matière : car les administrateurs, en définitive, ne sont que des associés comme les autres, obligés seulement, *en tant qu'associés*, dans la limite des capitaux qu'ils ont versés; s'ils peuvent être tenus au delà, c'est uniquement *en qualité de mandataires*, à raison des fautes qu'ils commettent dans l'exécution de leur mandat. Aucune responsabilité particulière ne doit donc leur être imposée lorsque pareille faute n'existe pas.

Nous connaissons maintenant les règles générales qui permettront de décider si l'administrateur a encouru une responsabilité à l'égard de la société considérée collectivement. C'est, en effet, ce premier point de vue de la question que nous avons uniquement envisagé jusqu'à présent. Avant de l'abandonner, il nous reste deux points fort importants à étudier : 1° nous devons nous demander si cette responsabilité doit être imposée individuellement à l'administrateur coupable, ou collectivement à tous les membres du conseil d'administration; 2° nous devons examiner à qui appartient, dans notre hypothèse, l'action en responsabilité, et par qui elle sera exercée.

1° Sur la question de savoir si la responsabilité des administrateurs est individuelle ou collective, l'article 44 nous renvoie, comme sur tous les autres points, au droit commun : la responsabilité est individuelle ou solidaire, *suivant les cas*. Il nous faut donc chercher à déterminer dans quels cas elle sera individuelle, dans quels cas elle

sera solidaire. Remarquons d'abord que la bonne foi de quelques-uns des administrateurs ne suffira pas toujours à les exonérer de la responsabilité qui pèse sur les autres : la condition unique de cette responsabilité est en effet la faute; et la faute telle que nous l'avons définie, pouvant consister uniquement en manque de soins, de zèle, de diligence, n'est nullement exclusive de la bonne foi. Cela a été dit expressément dans les travaux préparatoires d'où est sorti l'article 27 de la loi de 1863 (dont notre article 44 reproduit les principes) : « S'il faut que la mauvaise foi soit établie, a dit le rapporteur ⁽¹⁾, la répression sera impossible; il tombe sous le sens que la responsabilité des fautes est un principe tutélaire, nécessaire, et que si l'on faisait disparaître ce principe, la mauvaise foi pourrait agir en toute sécurité, sans que dans une foule de circonstances on pût parvenir à la constater. » La bonne foi de quelques-uns n'empêchera donc pas toujours la responsabilité collective. Cette remarque faite pour prévenir toute méprise, il faut dire qu'en principe, suivant le droit commun auquel nous renvoie l'article 44, la responsabilité sera individuelle; chacun des administrateurs ne répondra que de ses propres fautes, et non des fautes de ses collègues. Toutes les fois qu'un administrateur sera lui-même complètement exempt de la faute commise par les autres, il ne devra aucune réparation. Ce sera aux tribunaux à apprécier en fait si la faute a été commise par tous, ou si quelques-uns y sont restés étrangers, et, dans ce dernier cas, à dégager ceux-ci de toute responsabilité. Il faut bien reconnaître du reste que l'application même du principe, tel que nous

(1) V. Dalloz, 63. 4. 73.

venons de le poser, aboutira souvent dans la pratique à une responsabilité collective; et il en sera surtout ainsi lorsqu'il s'agira de l'hypothèse dans laquelle nous nous sommes renfermés jusqu'à présent, c'est-à-dire d'une responsabilité encourue à l'égard de la société elle-même. Puisqu'en effet à son égard la négligence est une faute, il sera assez rare que tous les administrateurs n'aient pas participé, au moins par leur négligence, par leur manque de surveillance, à la faute qui a été commise : le plus souvent même, elle sera l'œuvre collective du conseil d'administration. Cependant, nous trouvons d'assez nombreux exemples, en jurisprudence, de certains administrateurs individuellement exonérés de la responsabilité qui pesait sur la tête de leurs collègues. La Cour de Lyon, par exemple, dans un arrêt du 17 août 1865 ⁽¹⁾, a décidé qu'aucune réparation n'était due par certains administrateurs qui, à l'époque où la faute avait été commise, résidaient dans une autre ville où ils avaient une mission à remplir pour le compte de la société, et n'avaient, dès lors, pris aucune part à la fraude. De même, dans l'affaire célèbre du Crédit mobilier, la Cour de Paris ⁽²⁾ n'a condamné comme responsables que cinq administrateurs, ceux qui faisaient en même temps partie du conseil d'administration de la Compagnie Immobilière. La faute avait consisté précisément en avances énormes faites contrairement aux statuts à cette dernière société. La Cour a

(1) D. 66. 2. 494.

(2) Arrêt du 1^{er} août 1868, D. 69. 2. 65 (Poursuites rejetées par la Cour de cass., le 21 juin 1869). Il s'agissait de la responsabilité envers certains actionnaires personnellement, car l'action collective de la société avait été éteinte par une transaction. Mais au point de vue qui nous occupe, cela importe peu.

dégagé pleinement les autres administrateurs, en constatant qu'ils avaient ignoré la situation de la société, et que, si on pouvait leur faire le reproche de ne l'avoir point examinée de plus près, cette faute n'avait pas la *gravité nécessaire* pour faire prononcer contre eux la responsabilité. On a critiqué cet arrêt ⁽¹⁾, et peut-être avec raison, comme ayant méconnu l'étendue des devoirs imposés aux administrateurs : tous, a-t-on dit, dans l'espèce, devaient être considérés comme ayant participé à la faute au moins par leur négligence. Nous n'avons pas à nous prononcer sur cette question, qui est une question de fait ; ce que nous retenons seulement de cet arrêt, c'est que la Cour ayant jugé, à tort ou à raison, que quelques-uns des administrateurs n'étaient pas coupables, a pu dès lors, et même a dû, les exonérer de toute responsabilité.

Lors au contraire que tous ont participé à la faute, tous doivent la réparer. Mais cela ne veut pas dire que, même dans ce dernier cas, tous doivent être condamnés solidairement. Si les juges peuvent déterminer quelle est la part qui revient à chacun dans la faute commise, ils pourront apprécier quel sera le montant des dommages-intérêts dus séparément par chacun ⁽²⁾. Dans les hypothèses semblables, la responsabilité sera collective sans être solidaire. Elle sera solidaire, au contraire, et par conséquent la condamnation elle-même devra l'être, lorsque les administrateurs auront tous participé ensemble ou successivement à la faute commune par une coopération indivisible, sans qu'il soit possible d'assi-

(1) V. notamment Vavasseur, t. II, n° 860, et les conclusions de M. l'avocat général Dupré-Lasalle, citées par lui.

(2) V. Colmar, 3 juillet 1867, D. 66. 2. 235 ; Angers, 28 juillet 1881, journal *la Loi*, 3 août 1881.

gner la part qui revient à chacun ⁽¹⁾ ⁽²⁾. Il en sera ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agira d'une décision prise en conseil d'administration ⁽³⁾, à moins que quelques-uns des administrateurs n'aient dégagé leur responsabilité en refusant de s'associer au vote. La jurisprudence a fait de fréquentes applications de la responsabilité solidaire ⁽⁴⁾. Rappelons, du reste, en terminant qu'en dehors de cette *solidarité personnelle*, telle que nous venons de la déterminer, il existe une sorte de *solidarité réelle* portant seulement sur les actions qui doivent être déposées dans la caisse sociale en vertu de l'article 26. Cette sorte de solidarité existe alors même que la faute serait tout individuelle et imputable à un seul des administrateurs ⁽⁵⁾.

2° A qui appartient l'action, en cas de préjudice causé à la société, et par qui sera-t-elle exercée? Le principe est simple : l'action est une *action sociale*; c'est la société qui a souffert; c'est à elle que la réparation est due, à elle par conséquent qu'appartient l'action. Il en résulte que, maîtresse de l'action, la société peut y renoncer. Elle peut y renoncer d'abord sous forme de

(1) Boistel, n° 313. V. Lyon, 17 août 1865, D. 66. 2. 194.

(2) L'arrêt de cassation, 12 février 1879 (D. 79. 1. 281), semble rattacher l'obligation au tout quand elle existe, non pas aux principes de la solidarité, mais à la théorie de l'indivisibilité de la faute (V. les considérants). Il s'agissait dans l'espèce des membres du conseil de surveillance. Cette théorie est vivement combattue par M. Boistel. Note dans Dalloz, 1879. 1. 281.

(3) Paris, 1^{er} août 1868, D. 69. 2. 65.

(4) Lyon, 17 août 1865, D. 66. 2. 194; 11 juillet 1873, D. 74. 2. 209; Cass., 25 février 1879 (Crédit foncier suisse), D. 80. 1. 20.

(5) Boistel, n° 313; Lyon-Caen et Renault, n° 481.

transaction intervenue entre l'assemblée générale des actionnaires et les administrateurs; il y en a un exemple bien connu dans les affaires de la Compagnie Immobilière et du Crédit mobilier, dont les administrateurs ont été déchargés par une transaction de l'action sociale proprement dite : « Considérant, dit la Cour de Paris à propos de la Compagnie Immobilière ⁽¹⁾, en droit, que le mandat donné par une société anonyme à ses administrateurs est un mandat social, dont les fautes sont à régler avec la collectivité des sociétaires, ou la société dont il émane, et qui ne peut dès lors engendrer contre les administrateurs qu'une action sociale. Que la société, délibérant en conformité de ses statuts, est maîtresse de cette action sociale, ou pour l'exercer, ou pour transiger et donner, dans la libre et souveraine appréciation qu'elle fait de ses intérêts, pleine décharge aux administrateurs, ses mandataires..... » Dans l'espèce c'était sous forme de transaction que la société avait renoncé à son action, mais elle pourrait y renoncer aussi, et le cas est même plus fréquent, sous forme de ratification donnée à l'acte qui pourrait constituer une faute; cette ratification effacerait la faute elle-même et rendrait la société non-recevable à se plaindre ⁽²⁾.

Lorsqu'aucune décharge de ce genre n'a été accordée aux administrateurs, c'est régulièrement *la société* qui peut agir contre eux par l'intermédiaire de ses représentants légaux. L'action peut également être exercée, conformément aux articles 47 et 39 de la loi de 1867 et dans des conditions que nous aurons à déterminer dans

(1) 16 avril 1870, D. 70. 2. 421.

(2) 30 juillet 1867, D. 67. 2. 238.

la dernière partie de ce travail ⁽¹⁾, par *un groupe d'actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social*. Enfin, elle peut aussi être mise en mouvement, (cela résulte de l'article 17 lui-même), si la société néglige de l'intenter, *par chaque actionnaire individuellement*; le fait qui nuit à la société nuit en effet aux intérêts individuels de chaque actionnaire : si, ne représentant pas le vingtième du capital, il ne peut pas agir par mandataire, dans la forme privilégiée de l'article 17, il conserve du moins le droit d'agir isolément conformément au droit commun ⁽²⁾. Seulement, il n'exerce ce droit que dans la limite de ses intérêts personnels, et il ne peut conclure qu'à la réparation du préjudice qui lui a été personnellement causé. En d'autres termes, il n'exerce l'action que pour son compte, n'ayant pas qualité pour l'exercer au nom de la société tout entière; mais, dans cette limite, c'est bien l'action sociale qu'il intente, car elle est fondée sur un préjudice commun et il n'agit seul que parce que la société néglige d'agir collectivement.

Lorsqu'il y a eu au contraire, de la part de la société, décharge donnée aux administrateurs soit sous forme de transaction soit sous la forme de ratification, l'action ne peut plus être intentée par aucune des personnes que nous venons d'indiquer : ni par la société elle-même, ni par les actionnaires individuellement. Ceux-ci peuvent bien mettre en mouvement l'action quand la société néglige de l'exercer, mais non plus lorsqu'elle est éteinte,

(1) Chap. IV, sect. II.

(2) V. dans l'affaire du *Crédit mobilier*, l'arrêt de la Cour de Paris du 19 avril 1875, D. 75. 2. 161, et les conclusions de M. l'avocat général Hémar.

par la décharge accordée. La transaction ou ratification leur est donc opposable, à cette seule condition qu'elle ait été votée régulièrement par l'assemblée générale, et quand bien même personnellement ils auraient refusé de s'y associer. C'est en effet un principe, en ce qui concerne les votes de ces assemblées, que la volonté de la majorité s'impose à la minorité. Toutefois, il y a deux hypothèses dans lesquelles cette prépondérance de la majorité doit être écartée. Le vote, en premier lieu, n'éteindrait pas le droit de l'actionnaire, si la faute avait consisté dans la violation de l'une des dispositions essentielles des statuts; il est en effet de règle générale que les dispositions essentielles et constitutives de l'acte de société ne peuvent être modifiées que par l'unanimité des associés; la ratification, dans ce cas, dépasserait donc les pouvoirs de l'assemblée générale. En second lieu, la ratification de l'assemblée ne paralyse entre les mains de chaque associé que l'action sociale proprement dite, celle qui est fondée sur le préjudice causé à la société. S'il s'agit d'un préjudice causé en particulier à *un actionnaire* ou à *certains actionnaires seulement*, la société n'est plus maîtresse de l'action en responsabilité. Nous arrivons ainsi, après avoir étudié l'action sociale proprement dite, à étudier l'action en responsabilité qui peut appartenir à chaque actionnaire individuellement.

II. Dans quels cas existe cette responsabilité envers certains actionnaires seulement? Nous avons, dès le début de cette matière, indiqué que vis-à-vis de chaque actionnaire individuellement, aussi bien que vis-à-vis de la société elle-même, la responsabilité encourue était la responsabilité dérivant du mandat. Ce point a pu soule-

ver quelque difficulté. On a pu soutenir, en effet, que les administrateurs étaient bien les mandataires de la société considérée comme être moral, mais non les mandataires de chaque actionnaire en particulier; que, par conséquent, quant aux dommages individuels causés à certains groupes d'actionnaires, il fallait apprécier la responsabilité, non d'après les règles du mandat, mais d'après la théorie des quasi-délits et l'article 1382 Cod. C. — Nous ne croyons pas que cette objection soit fondée : les administrateurs sont liés par un lien contractuel avec chacun des actionnaires, aussi bien qu'avec la société elle-même, prise comme personne morale; chaque actionnaire est, en effet, leur associé, leur mandant, et ils ont à son égard des obligations plus étroites qu'à l'égard des tiers : « La personnification sociale, dit très-bien M. Labbé (1), est indifférente à la solution de notre question; elle a été inventée pour régler les rapports avec les tiers, avec le public, pour augmenter la puissance d'action et de crédit de la société, pour ménager et limiter la responsabilité des associés bailleurs de fonds envers les tiers créanciers sociaux. Cette personnification ne doit pas s'interposer entre les membres de la société pour faire obstacle à l'exécution des obligations intersociales, pour enlever aux associés la garantie qu'ils trouvent dans le devoir de vigilance, de loyauté sans réserve, de franchise spontanée, résultant du contrat de société. En face des tiers et du public, les administrateurs sont les *mandataires de la société*, personne morale. Dans les rapports sociaux internes, ils sont les mandataires des actionnaires pour les affaires sociales et tout ce qui

(1) Note sur l'arrêt de Cass., 11 novembre 1873, Sirey, 74. 1. 97.

s'y réfère. » Il résulte de là que tout ce que nous avons dit plus haut sur la responsabilité dérivant du mandat, responsabilité plus étendue que celle qui découle de l'article 1382, devra s'appliquer ici : les administrateurs seront responsables envers les actionnaires, non-seulement de leurs fautes actives, mais encore de leur négligence, de leur défaut de soins, de leur manque de franchise, etc., et ils en seront responsables collectivement ou isolément, suivant les distinctions que nous avons faites. L'action individuelle naîtra de la faute ainsi caractérisée, toutes les fois que cette faute aura causé un dommage, non à la société tout entière, mais à certains actionnaires seulement; par exemple, lorsque les rapports contenant des réticences, des dissimulations coupables, auront conduit certains actionnaires à souscrire à des actions nouvelles qu'on leur réservait comme un privilège social, et auxquelles ils n'auraient pas souscrit s'ils avaient connu le véritable état de la société (1). Il ne sera pas nécessaire, pour que réparation leur soit due, que leur souscription leur ait été arrachée par des manœuvres contenant un quasi-délit caractérisé; il suffira qu'elle leur ait été surprise par des réticences contraires au devoir de franchise et de sincérité,

(1) Jugé : que l'indemnité à payer aux actionnaires, dans ce cas, pourra consister dans le remboursement intégral du prix d'achat contre remise des titres (16 avril 1870, D. 70. 2. 121; Cass., 7 mai 1872, D. 72. 1. 233. — Le fait par un actionnaire, d'avoir revendu son titre, ne forme pas obstacle au droit d'intenter l'action et de réclamer la différence entre le prix d'achat et le prix de revente des titres (Paris, 9 février 1877.) — L'indemnité peut être seulement de la différence du prix d'achat et de la valeur réelle, si l'on juge que les actionnaires auraient acheté quand même au taux inférieur. Paris, 1^{er} août 1868, D. 69. 2. 65; Cass., 9 juin 1874, D. 76. 1. 387.

qui lie l'associé envers son associé, le mandataire envers son mandant.

Dans les hypothèses semblables, où certains actionnaires éprouvent un préjudice distinct de celui causé à la masse ⁽¹⁾, ils peuvent demander réparation alors même que la société y a renoncé. Ils ont en effet un droit propre, dont un vote de l'assemblée générale ne peut les dépouiller. C'est là une première différence entre cette action individuelle et l'action collective dont nous parlions plus haut. Il y en a deux autres, qui sont fort importantes : 1° l'action collective appartient à la société; c'est donc uniquement en qualité d'*associés* que les actionnaires peuvent soit l'exercer, soit en profiter. Il en résulte que, s'ils transmettent leur titre à un tiers, ce tiers, devenu actionnaire à leur place, pourra seul profiter de la réparation à laquelle l'administrateur sera condamné : ce droit, dérivé de celui de la société, se transmet avec l'action. Au contraire, le droit à la réparation du dommage causé à l'actionnaire individuellement, est tout à fait indépendant de son titre d'actionnaire; il dérive uniquement de la faute contractuelle commise envers lui. Si donc il transmet son action à un tiers, il ne lui transmettra pas en même temps son droit à l'indemnité; ce droit est une créance distincte, qui n'est point négociable, et qui ne peut être cédée que dans les formes du droit commun, c'est-à-dire avec toutes les formalités de l'article 1690 C. C. Cette doctrine, qui dérive des principes, est aussi la plus équitable; car il

(1) Cette condition est évidemment nécessaire, d'après tous les développements que nous avons fournis, pour qu'il puisse naître une action individuelle. V. Tribunal de la Seine, 21 décembre 1880. *Journal des sociétés*, 1881, p. 89.

ne serait pas juste qu'un actionnaire lésé, obligé par suite de circonstances quelconques à vendre son action au moment où la ruine de la société commence à se révéler, et par conséquent obligé à la vendre à bas prix, perdît par là même tout droit à indemnité. Aussi la jurisprudence admet-elle, comme nous, que le droit personnel à l'indemnité ne se transmet pas avec l'action ⁽¹⁾.

2° Une dernière différence entre ce droit personnel de l'actionnaire et le droit collectif de la société dérive naturellement de toute la théorie précédente. Le droit de la société fait partie du fonds social; si donc la société vient à tomber en faillite, ce sera le syndic qui l'exercera au nom de la masse, et il profitera à tous les créanciers. Au contraire, le droit personnel de l'actionnaire ne fait point partie du fonds commun, et si la société tombe en faillite, il l'exercera pour son propre compte, sans que les créanciers de la société puissent rien y prétendre.

2° Responsabilité envers les tiers.

A l'égard des tiers étrangers à la société, la responsabilité des administrateurs ne peut plus être fondée sur la théorie du mandat. Elle aura donc sa base unique dans la théorie des quasi-délits, telle qu'elle est énoncée par l'article 1382, Code civil : Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. Cela étant,

(1) Paris, 3^e et 4^e arrêts du 28 juin 1870, rapportés dans Sirey, 1874. 1. 97, en note de l'arrêt de Cassation du 11 novembre 1863, qui a lui-même consacré la même doctrine. Voir aussi : Paris, 9 février 1877; journal *le Droit*, 17 février 1877.

il y aura tels agissements, qui, tout en constituant une faute contractuelle à l'égard des associés, ne seront pas assez graves pour constituer à l'égard des tiers le quasi-délit d'où peut seul naître la responsabilité. Sans doute, d'après l'article 1383, ce quasi-délit peut consister simplement dans une faute d'imprudence ou de négligence; il ne serait donc pas juste de dire que la faute engageant la responsabilité envers les tiers ne pourrait jamais consister dans une simple abstention; mais il faut pour cela que cette abstention soit véritablement coupable; or, très souvent l'abstention, coupable envers les associés auxquels est due toute la diligence et toute la franchise que l'on attend d'un mandataire, ne le sera pas envers les tiers, envers lesquels les administrateurs n'ont pas d'autre devoir que ces devoirs généraux de loyauté et de probité, que l'on doit observer toutes les fois qu'on se met en relations d'affaires avec un tiers. Le meilleur exemple qui puisse nous faire comprendre cette distinction est emprunté à l'affaire célèbre du Crédit mobilier dont nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de parler. Les administrateurs s'étaient rendus coupables de dissimulation sur la véritable situation de la société, mais cette dissimulation n'était pas allée jusqu'à la négation formelle de la vérité. L'ensemble des bilans et des rapports, tels qu'ils avaient été publiés, ne renfermait pas d'énonciations positivement inexactes; on y indiquait, tels qu'ils étaient dans la réalité, les chiffres de l'actif et du passif. Seulement la nature véreuse de certaines créances comprises dans l'actif n'était pas indiquée; on dissimulait le nom des débiteurs (1), dont l'un, le plus

(1) Sous cette énonciation : *Avances aux compagnies et à divers,*

important de tous, était dans un notoire embarras financier. Du reste, aucune distribution de dividendes fictifs n'avait eu lieu; mais tout était calculé pour faire croire à une prospérité mensongère. Ces manœuvres avaient eu pour résultat d'amener les actionnaires à consentir à un doublement du capital et à souscrire à de nouvelles actions; à leur égard, le principe de la responsabilité fut admis; car toutes ces dissimulations, ces réticences constituaient certainement la faute contractuelle, le manquement aux devoirs qu'imposait aux administrateurs leur qualité de mandataires. Mais les mêmes manœuvres avaient eu encore pour résultat de conduire des tiers à des achats qu'ils n'auraient pas faits s'ils avaient connu le véritable état de la société, et dont ils voulaient ensuite rendre responsables les administrateurs coupables de dissimulation dans leurs bilans et leurs rapports. Mais ils furent repoussés par la Cour de Paris ⁽¹⁾ : « Considérant, dit-elle, qu'à ce sujet la position d'acheteurs d'actions s'est notablement différenciée de celle des actionnaires ou associés souscripteurs; — Que pour les uns et les autres, les règles ne sont pas les mêmes en ce qui concerne l'appréciation des fautes devant donner ouverture à la responsabilité; — Que les administrateurs étaient tenus, comme mandataires salariés, de répondre de tous degrés de faute envers les sociétaires, leurs mandants, tandis que, vis-à-vis des tiers, tels que les acheteurs d'actions, il ne devaient aucune diligence de conduite, et n'étaient tenus que des fautes impliquant à un degré

on avait porté en bloc la somme de 53 millions; or, de ces 53 millions, 52 étaient dus par une seule Compagnie, la Compagnie Immobilière.

(1) 28 juin 1870, 3^e arrêt rapporté dans Sirey, 1874. 1. 100.

suffisant la violation des devoirs généraux de respect du droit d'autrui, imposés dans la vie civile; — Que, quant aux tiers, la considération qui doit suffire, c'est qu'on ne prouve pas de distribution de dividendes non acquis, et qu'on ne peut nier dans les bilans l'exactitude générale du chiffre de l'actif et du passif; — Que si les bilans ont confondu dans un article général d'actif la créance sur la Compagnie Immobilière, sans en relever le chiffre spécial, il ne saurait sortir de cette forme de comptabilité un cas de responsabilité vis-à-vis du public; — Que les administrateurs ne devaient pas au public la divulgation complète des affaires sociales, et n'étaient pas dans l'obligation de mentionner par le détail et par le chiffre les débiteurs, fût-ce au risque de nuire au crédit de la société.... » En conséquence, les administrateurs furent déchargés de toute responsabilité envers les tiers. La doctrine de cet arrêt, théoriquement; et sans vouloir examiner en fait si les administrateurs n'étaient pas coupables dans l'espèce de véritables affirmations mensongères, la doctrine, disons-nous, est en elle-même parfaitement exacte. Peut-être cependant la Cour est-elle allée un peu loin, en disant, d'une manière générale, que les administrateurs ne devaient aux tiers *aucune diligence de conduite*. En vertu de l'article 1383, ils peuvent être tenus, ainsi que nous l'avons dit, de fautes de simple omission, et par conséquent ils sont obligés à certaine diligence. Aussi croyons-nous que cette idée exprimée d'une façon trop absolue a conduit la Cour de Paris à une trop grande indulgence dans l'affaire de la Compagnie Immobilière, où fut faite encore l'application de cette distinction entre les associés et les tiers. Les fautes commises dans l'administration de la Compagnie Immo-

bilère étaient plus graves que celle que l'on reprochait aux administrateurs du Crédit mobilier; il y avait eu distribution de dividendes fictifs, qui avait favorisé une hausse factice des actions, et conduit certains tiers à des achats qui plus tard se trouvèrent ruineux. Les administrateurs coupables de cette distribution de dividendes étaient certainement responsables envers les tiers; mais la Cour ⁽¹⁾ jugea que cette faute n'était imputable qu'aux administrateurs faisant partie du *comité d'exécution*, les autres n'ayant pas participé aux opérations dolosives : « Si leur défaut de surveillance et de contrôle, disent les considérants de l'arrêt, d'examen propre de l'affaire, pouvait les faire enveloppés, comme mandataires négligents, dans la responsabilité du mandat, encourue vis-à-vis de la société, ces cas de simple inertie, avec les circonstances de la cause qui les expliquent, n'ont pu constituer de leur part une faute, au sens de l'article 1382, vis-à-vis des acheteurs d'actions, à qui ils ne devaient aucune *diligence de conduite*. » Ce sont toujours, comme on le voit, les mêmes expressions; mais ici elles nous paraissent avoir amené une solution trop peu rigoureuse. La distribution des dividendes fictifs est l'œuvre collective du conseil d'administration; tous les administrateurs doivent donc en être rendus responsables, à moins que quelques-uns d'entre eux n'aient été trompés par leurs collègues dans des conditions telles qu'il soit impossible de leur imputer à faute cette distribution. Hormis ce cas, tous en sont coupables, même ceux qui n'y ont participé que par leur négligence; en ne surveillant pas la distribution des dividendes, ils manquent à

(1) 16 avril 1870, D. 70. 2. 121.

un devoir, et à un devoir qui les lie aussi bien envers les tiers qu'envers les associés eux-mêmes, car ils participent à une fraude positive, de nature à tromper les tiers sur le véritable état de la société. C'est bien du reste la solution qui ressort de l'article 44, pour ce cas spécial de distribution des dividendes fictifs. Nous proposant d'étudier spécialement les conséquences d'une semblable distribution dans la dernière partie de ce travail, nous nous bornons ici à ces idées générales.

Les exemples que nous venons de citer montrent bien quelle est la mesure de la responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers. C'est celle des articles 1382-1383 C. C. On a essayé cependant de la restreindre plus encore; on a dit : il s'agit là de fautes qui ont amené des tiers à contracter, par exemple, à acheter des actions; or, ces tiers, en somme, malgré les affirmations mensongères des bilans, sont restés libres d'entrer ou de ne pas entrer dans la société; s'ils ont acheté des actions, ils ne doivent l'imputer qu'à eux-mêmes, à moins qu'il n'y ait eu, à leur égard, dol caractérisé dans les termes de l'article 1116 C. C. Pour qu'il y ait action en responsabilité, il faudrait donc qu'il y ait eu dol, c'est-à-dire, mauvaise foi, et non pas seulement simple faute. Cette théorie ne nous paraît pas exacte; elle nous semble reposer sur une confusion : le dol, sans doute, serait nécessaire s'il s'agissait de faire prononcer la nullité d'un contrat; c'est dans cette hypothèse seule que se place l'article 1116; c'est pour elle qu'il exige qu'il y ait eu non pas seulement faute, mais dol. Mais ici l'acheteur d'actions ne demande pas la nullité d'un contrat, il demande simplement des dommages-intérêts, et il est fondé en vertu de l'article 1382; car, s'il est vrai qu'il a contracté volontairement, il est vrai

aussi qu'il n'a été amené à contracter que par un fait imputable à faute aux administrateurs, et cela suffit. Ainsi, à l'égard des tiers, comme à l'égard des actionnaires eux-mêmes, la mauvaise foi n'est nullement nécessaire pour qu'il puisse y avoir responsabilité; le quasi-délit de l'article 1382 n'est nullement exclusif de la bonne foi (1).

Connaissant maintenant le principe de la responsabilité à l'égard des tiers, il nous reste à passer en revue quels sont principalement les tiers à l'égard desquels cette responsabilité pourra se trouver engagée, et quels sont les événements qui pourront lui donner naissance. Nous avons déjà indiqué, dans les exemples ci-dessus, une première catégorie de personnes qui peuvent avoir droit à une réparation : ce sont les tiers acheteurs d'actions. Il nous reste à examiner deux catégories de tiers envers lesquels fort souvent existera pareille responsabilité : 1° les créanciers de la société; 2° les personnes avec lesquelles les administrateurs auront passé, au nom de la société, un acte excédant leurs pouvoirs.

1° Envers les créanciers sociaux, les administrateurs peuvent être responsables de plusieurs manières. Ils sont d'abord responsables envers tous les créanciers des fautes qui ont eu pour résultat de diminuer leur gage. Les créanciers ont, de ce chef, une action qui ne naît qu'après la mise en faillite de la société, lorsqu'il est devenu certain que le patrimoine social sera insuffisant à les désintéresser; et cette action, appartenant à la masse des créanciers et non à l'un d'eux en particulier, sera exercée par

(1) Voyez sur ce point la note de M. Labbé, Sirey, 1874. 4. 100.

le syndic de la faillite ⁽¹⁾. On pourra invoquer contre les administrateurs, pour arriver à produire cette responsabilité, tous les actes qui auront eu comme conséquence de diminuer le patrimoine social, pourvu qu'il y ait dans ces actes une faute : violation de la loi, violation des statuts, ou faute lourde de gestion. Notamment ils seraient responsables du préjudice ainsi causé aux créanciers par la distribution de dividendes fictifs, ou par le fait d'avoir repris des actions moyennant remboursement, des sommes versées par les actionnaires ⁽²⁾. Ce sont là des faits diminuant le patrimoine social au préjudice de tous les créanciers, et dont les administrateurs doivent réparation à tous.

Ils peuvent aussi être responsables envers certains créanciers en particulier, par exemple, envers ceux qu'ils ont déterminé à contracter avec la société par des manœuvres frauduleuses ayant pour but de les induire en erreur sur la solvabilité de celle-ci. Dans les hypothèses semblables, l'action appartient non plus à la masse de la faillite, mais directement au créancier lésé. Celui-ci pourra donc agir individuellement et le syndic n'aura pas le droit d'intenter l'action en son nom ⁽³⁾.

Parmi les créanciers sociaux, il y a un groupe particulier qui appelle quelques explications distinctes : c'est celui des obligataires. Les obligataires ne sont point des associés. On a cependant pu soutenir qu'on devait con-

(1) Cette action ne pourrait pas être intentée par un créancier en particulier. Cass., 21 décembre 1875, D. 77. 1. 19; Paris, 29 mai 1879, D. 80. 2. 43; Tribunal de la Seine, 22 décembre 1882; *Revue des sociétés*, mars 1883.

(2) Cass., 6 novembre 1865, D. 65. 1. 479.

(3) Toulouse, 26 décembre 1876, D. 79. 1. 209.

sidérer les administrateurs comme mandataires des obligataires au même titre que des actionnaires eux-mêmes. Mais théoriquement, c'est là une erreur : les administrateurs ne tiennent leur mandat que de la société elle-même, et les obligataires, n'étant point membres de cette société, ne peuvent point se considérer comme leurs mandants. La seule base de la responsabilité, à leur égard comme à l'égard des autres créanciers, ce sont les articles 1382, 1383 C. C. Leur droit consistera donc à demander réparation du préjudice qu'ont pu leur causer les fautes des administrateurs, soit que des rapports inexacts, présentant les apparences d'une prospérité mensongère, les aient amenés à acheter leurs titres; soit que ces titres, même achetés à un moment de véritable prospérité, se soient plus tard trouvés dépréciés par les fautes qui ont diminué le capital social. Quel que soit donc le grief sur lequel ils fondent leur demande, il faudra qu'ils démontrent que le préjudice par eux éprouvé provient d'un fait imputable à faute aux administrateurs dans les termes des articles 1382, 1383. Du reste, comme ils sont des tiers par rapport à la société, on ne pourra point leur opposer la transaction qui serait intervenue entre elle et les administrateurs. Il a été fait application de ces principes aux obligataires du Crédit mobilier, par un jugement du Tribunal de la Seine du 6 janvier 1874 (1).

2° La dernière catégorie de personnes envers qui les administrateurs peuvent se trouver engagés, ce sont les tiers avec qui ils ont passé, au nom de la société, un acte excédant leurs pouvoirs. Nous avons vu qu'un pareil

(1) V. *Gazette des Tribunaux* du 7 janvier 1874.

acte n'engagerait pas la société, à moins qu'il n'ait été autorisé ou ratifié par l'assemblée générale, ou qu'il n'ait tourné au profit de la société (1). En principe, la société n'étant pas engagée, l'administrateur qui a dépassé son mandat se trouve obligé à sa place; mais il y a exception, d'après l'article 1997 C. C., au cas où il aurait donné au tiers avec qui il contractait *connaissance suffisante* de ses pouvoirs (2). Cette règle est évidemment raisonnable; car, si l'administrateur est en faute lorsqu'il n'a pas donné connaissance de l'étendue de son mandat, et s'il doit réparer le préjudice causé par cette faute, il n'a rien à se reprocher dans le cas contraire : c'est au tiers à supporter les conséquences de l'irrégularité qu'il a volontairement acceptée. Mais il est bien entendu que c'est à l'administrateur à prouver que le tiers connaissait la limite de ses pouvoirs. On peut seulement se demander si cette preuve résulterait suffisamment de la publication de l'acte de société, ou s'il faudrait prouver au contraire qu'il en a été donné au tiers une communication personnelle. Sur ce point, la réponse se résout en une distinction : si l'acte accompli est de ceux qui dépassent le pouvoir ordinaire, normal, des administrateurs, si c'est, par exemple, une aliénation immobilière ou une constitution d'hypothèque, cette communication personnelle ne sera pas nécessaire : le tiers devait savoir qu'habituellement de tels pouvoirs n'appartenaient pas aux administrateurs, et c'était à lui, avant de conclure

(1) V. Bédarride, t. II, n° 496.

(2) Nancy, 22 décembre 1842, Sirey, 1843. 2. 381; Cass., 24 mars 1852, D. 52. 1. 109.

une convention aussi grave, à consulter l'acte publié pour s'assurer de la régularité de l'opération. Au contraire, s'il s'agit d'un acte habituellement considéré comme acte d'administration, mais qu'une clause spéciale du pacte social interdit aux administrateurs, ceux-ci devront donner au tiers avec lequel ils traitent communication spéciale de cette clause. On ne peut, en effet, exiger des tiers qu'ils consultent le pacte social pour faire ces actes courants de gestion; s'il y a lieu à leur égard une clause particulière, c'est aux administrateurs à les en avertir, à peine de responsabilité (1).

§ 3. *Responsabilité pénale.*

Le législateur a pensé que la responsabilité civile n'était pas suffisante, et le Code pénal lui a paru impuissant à réprimer les abus et les fraudes dont certaines personnes (spécialement le gérant dans les sociétés en commandite par actions, les fondateurs et administrateurs dans les sociétés anonymes), pouvaient se rendre coupables. En dehors des délits et contraventions de droit commun, la loi de 1867 a érigé en délits certains faits et édicté des pénalités, qui se trouvent inscrites dans les articles 13, 14, 15 et 16, auxquels renvoie l'article 45 pour les sociétés anonymes (2). Les dispositions pénales, dont il

(1) V. sur ces points : Bédarride, t. II, nos 497 et 498; Alauzet, t. I, n° 567; Pont, n° 1712.

(2) La loi Belge a admis à peu près dans les mêmes termes presque toutes les pénalités de la loi française. Elle a supprimé l'article 14 et les deux premiers paragraphes de l'article 13 et d'un autre côté elle a ajouté des peines déclarées applicables au cas de rachat des actions qui serait opéré sur le capital social et deux autres cas prévus par l'article 134 (art. 131 à 135, loi 1873). Le projet de loi de la com-

s'agit, ont rapport à deux catégories distinctes de faits : les uns se passent à l'origine de la société, les autres pendant son existence. Nous n'avons pas à nous occuper des faits qui touchent à la constitution même de la société (articles 13, §§ 1 et 2, 14 et 15, n^{os} 1 et 2). Nous ferons seulement remarquer que, le second alinéa de l'article 13, punissant les gérants qui commencent les opérations avant la nomination du conseil de surveillance, n'est pas applicable, croyons-nous, aux administrateurs des sociétés anonymes, ayant commencé les opérations avant la nomination des commissaires du contrôle. D'abord la situation n'est pas la même, car les commissaires n'exercent leurs fonctions que pendant les trois derniers mois de chaque exercice, tandis que les membres du conseil de surveillance, dans les sociétés en commandite, exercent un contrôle permanent. En outre, les peines ne s'étendent pas par analogie. Enfin, « l'article 45, deuxième phrase, prouve que, quand le législateur veut faire une assimilation entre les administrateurs et les gérants, il l'exprime (1). »

En ce qui concerne les faits qui peuvent se produire pendant le cours des opérations sociales, nous les indiquerons brièvement : 1^o la création frauduleuse d'une majorité factice dans une assemblée générale, par ceux qui s'y présentent comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, est punie d'une

mission extra-parlementaire traite des pénalités dans le titre VIII. Il définit plus rigoureusement et plus exactement les responsabilités. Un grand nombre des cas nouveaux, que le législateur de 1867 n'avait pu prévoir et qu'une pratique de quinze années a révélés successivement, sont visés par le projet (art. 97 à 107).

(1) Boistel, n^o 274.

amende de 500 à 10,000 francs. De plus, les juges peuvent prononcer contre eux un emprisonnement de 15 jours à 6 mois. — Les mêmes peines sont applicables à ceux qui ont remis les actions pour en faire un usage frauduleux (art. 13, §§ 3, 4 et 5, art. 45). Ces dispositions ne visent pas seulement les administrateurs et ne les atteignent pas en cette qualité. L'article 13 est général dans ses termes et prévoit une des fraudes les plus dangereuses et les plus immorales qui conduit fréquemment les sociétés par actions aux catastrophes. Avant 1863, les actionnaires victimes de l'abus dont il s'agit n'avaient que la ressource de faire annuler un vote vicieux et de réclamer des dommages-intérêts. La loi de 1863 (art. 29), a établi, la première, contre les faux actionnaires et ceux qui leur ont remis les titres, une amende de 500 à 10,000 francs. Lors de la discussion de la loi de 1867, M. de Janzé présenta un amendement tendant à rendre applicables dans l'espèce les articles 147 et 405 C. P. (1). L'amendement a été écarté comme étant d'une rigueur excessive. Mais, d'un autre côté, le Corps législatif pensa que la peine pécuniaire était insuffisante et l'article fut renvoyé à la commission; il revint augmenté de la disposition finale de l'article 13, qui accorde aux juges le droit d'ajouter à l'amende un emprisonnement de quinze jours à six mois. Remarquons que, d'après l'article 13, pour que le délit existe, il faut absolument qu'une *majorité factice ait été créée*; la simple tentative n'est pas punie (art. 3 C. P.).

2° La distribution de dividendes fictifs. C'est là un des faits les plus coupables auxquels puissent se livrer les administrateurs. Comme nous verrons plus loin (chap. IV,

(1) Tripiér, t. I, p. 628.

1^{re} sect.) : distribuer des dividendes fictifs, c'est distribuer entre les actionnaires des sommes qui, aucun bénéfice n'existant, ne sont en réalité que des portions du capital social. Par ce moyen, et dans le but de donner à la société un crédit imaginaire et procurer aux actions une hausse factice, les administrateurs se rendent coupables non-seulement envers les créanciers, en diminuant leur gage, mais aussi envers les tiers qu'ils poussent à contracter sur la foi d'une prospérité mensongère et envers ceux qui achètent des titres d'une valeur nominale inférieure à la valeur réelle; enfin, cela peut nuire aux actionnaires eux-mêmes, car très-souvent la ruine de la société est la conséquence de la diminution du capital qui a été jugé nécessaire à ses opérations (1). Les peines portées en l'article 405 Code pénal, ont été déclarées applicables au cas de distribution des dividendes fictifs, assimilée à une escroquerie, par les lois de 1856 et 1863. Les mêmes dispositions ont été reproduites presque littéralement par le législateur de 1867 (art. 45, n° 3; art. 45, § 1). Comme il s'agit d'un délit, l'intention coupable est indispensable pour que le fait soit punissable; la loi, en effet, suppose *une distribution faite en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux*. Donc, de simples inexactitudes ne sauraient amener une répression correctionnelle. Dans notre cas, comme pour la création frauduleuse d'une majorité factice, la tentative n'est pas punie.

3° L'article 64 (loi 1867) exige que, dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents imprimés ou autographiés, émanés des sociétés

(1) Lescœur, *Essai sur la législation des soc. comm*, p. 238.

anonymes (ou en commandite par actions), la dénomination sociale soit précédée ou suivie immédiatement de ces mots écrits lisiblement et en toute lettres : *société anonyme (ou en commandite)* et de l'énonciation du capital social. Toute contravention à cette prescription, empruntée à la loi de 1863, est punie d'une amende de 50 à 1,000 fr. Le but de notre article est, comme on l'a dit dans le rapport de la commission, « d'éviter aux tiers des surprises, en mettant constamment sous leurs yeux la nature de l'être moral avec lequel ils traitent, et l'étendue des garanties qu'il présente ⁽¹⁾. »

(1) Tripiér, t. I, p. 182.

APPENDICE.

Du directeur et du mandataire substitué.

Les administrateurs, dit l'article 22, 2^e alinéa, peuvent choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle. — Il y a là deux facultés distinctes, que nous allons étudier successivement.

1^o Du directeur.

On appelle habituellement directeur, dans les sociétés anonymes, l'homme spécial chargé de diriger l'exploitation, l'employé supérieur qui est sous la dépendance directe du conseil d'administration, et qui possède les connaissances techniques nécessaires pour faire marcher les travaux. Ce directeur est pris en général en dehors du conseil d'administration. « La combinaison d'un directeur choisi parmi les membres du conseil est très-exceptionnelle, dit M. de Courcy ⁽¹⁾; elle est péremptoirement interdite par les statuts d'un grand nombre de sociétés anonymes. Presque toujours le directeur, tantôt nommé

(1) *Les sociétés anonymes*, p. 17.

par l'assemblée des actionnaires, tantôt désigné par le conseil d'administration, suivant la diversité et la liberté des conventions statutaires, est lui-même en dehors du conseil et n'y entre qu'avec voix consultative. Le conseil en a plus d'autorité pour faire exécuter ses décisions, plus d'indépendance pour surveiller la gestion d'un agent qui n'est pas un collègue, qui ne vote pas dans sa propre cause, et dont le conseil peut être amené en délibération le maintien ou le remplacement. » Le plus souvent, du reste, ses fonctions exigent une compétence spéciale que l'on ne trouverait pas parmi les membres du conseil. Le directeur, quel que soit son nom (directeur, agent général, secrétaire général, chef de l'exploitation), agit au nom de la société dans la limite de ses pouvoirs, exécute les décisions du conseil d'administration, dirige les bureaux, règle les comptes des ouvriers, etc. — Il est clair qu'il ne peut sans y être autorisé, faire au nom de la société autre chose que des actes de simple administration ; tout ce qu'il ferait au delà n'engagerait que lui-même (1). Mais, lorsqu'il agit dans la limite de ses pouvoirs, il n'est pas personnellement engagé envers les tiers avec lesquels il contracte (2). Quant aux fautes qu'il peut commettre dans cette gestion, il n'en est responsable que lorsqu'elles lui sont imputables personnellement ; il n'a aucune responsabilité s'il s'est borné à agir sous l'autorité du conseil d'administration (3). D'un autre

(1) Nancy, 22 décembre 1842, D. 43. 2. 53 ; Cass., 22 janvier 1867, D. 67. 1. 169.

(2) Cass., 16 juin 1851, Sirey, 51. 1. 583 ; 15 juin 1857, Sirey, 57. 1. 432.

(3) Cass., 24 janvier 1870, D. 70. 1. 177 ; Tribunal de la Seine, 3 décembre 1880 ; *le Droit*, 10 mai 1881.

côté, le conseil lui-même n'est nullement responsable des actes personnellement accomplis par le directeur; il n'en est pas plus responsable qu'il ne l'est de ceux des employés d'un ordre moins élevé, tel que le caissier ou teneur des livres. La responsabilité des administrateurs à cet égard, n'existerait qu'autant qu'ils auraient commis eux-mêmes une faute, par exemple en choisissant un directeur notoirement incapable, ou en lui ordonnant eux-mêmes les actes dommageables ⁽¹⁾. Toute autre solution serait inadmissible : la mission des administrateurs serait trop dangereuse, s'ils devaient être responsables des actes dommageables commis par les agents de la compagnie; tout ce qu'on peut leur demander, c'est de les choisir et de les surveiller avec soin; exiger davantage, ce serait éloigner les gens sérieux des conseils d'administration, par crainte de responsabilité à encourir.

Est-ce du directeur, tel que nous venons de le définir, que parle notre article 22? S'il en était ainsi, il faudrait dire que les administrateurs doivent choisir ce directeur *parmi eux*, ou que, s'ils le prennent au dehors, ils en seront responsables comme d'un mandataire substitué. Or, nous avons vu que le choix du directeur dans le conseil lui-même est un fait très rare, et que d'autre part il est vraiment impossible d'imposer au conseil la responsabilité des actes de ce directeur. Entendu en ce sens, notre article consacrerait donc une solution tout à fait inacceptable. Mais il n'en est rien : le directeur, agent supérieur, dont nous venons d'indiquer les fonctions, reste tout à fait en dehors de l'article 22; sa posi-

(1) Paris, 30 juillet 1867, D. 67. 2. 238; Req., 11 juillet 1870, D. 71. 1. 137; Lyon.-Caen et Renault, n° 482.

tion est régie par les principes généraux et par les statuts (1). Le directeur dont parle l'article 22 est tout autre chose : c'est le représentant du conseil d'administration, son délégué pour les actes habituels de haute gestion (2); lorsqu'un directeur de ce genre sera nommé, l'administration ne sera plus collective, elle sera l'œuvre personnelle du directeur; le conseil se bornera à lui faire rendre compte de cette gestion et à statuer sur les affaires les plus importantes. Il y a donc, dans ce cas, une sorte d'abdication du conseil entre les mains du directeur, et l'on comprend dès lors que les administrateurs ne puissent le choisir que parmi eux. S'ils veulent le prendre en dehors du conseil, ce ne sera plus simplement un directeur, ce sera un véritable mandataire substitué, dont ils seront responsables. C'est cette dernière combinaison de mandataire substitué que nous devons maintenant étudier.

2° *Du mandataire substitué.*

Nous avons vu plus haut que, d'après notre loi de 1867, les administrateurs ne pouvaient être choisis que parmi les associés. C'est là une restriction à la liberté

(1) Le législateur belge s'en occupe, au contraire, dans l'article 53 : « La gestion journalière des affaires de la société, ainsi que la représentation de la société, en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à des directeurs, gérants et autres agents, associés ou non associés, dont la nomination, la révocation et les attributions sont réglées par les statuts. La responsabilité de ces agents, à raison de leur gestion, se détermine conformément aux règles générales du mandat. » Conf., art. 29, projet Roumain.

(2) Boistel, n° 309. V. en outre sur la matière : Alauzet, *loc. cit.*, n°s 733 et s.; Bédarride, *loc. cit.*, n°s 355 et s.

des conventions, à laquelle, de l'aveu même de la commission qui l'a adoptée ⁽¹⁾, il est difficile de trouver des motifs satisfaisants. Au lieu de faire disparaître du projet cette restriction non justifiée, la commission la conserva, et pour parer aux inconvénients (du reste assez minimes) qu'elle pouvait produire, elle imagina une combinaison, qui peut, en effet, lui servir de correctif, mais qui est extrêmement bizarre. Ces administrateurs, qui ne peuvent être pris que parmi les associés, peuvent eux-mêmes se substituer (c'est-à-dire nommer administrateur à leur place), un mandataire, qu'ils choisissent comme ils le veulent, même en dehors de la société; de sorte que nous avons ici l'exemple d'un mandataire, l'administrateur, qui peut faire ce que son mandant lui-même, la société, ne pourrait pas faire : la société ne peut pas directement choisir un étranger pour gérer ses affaires; mais elle peut choisir un associé qui choisira lui-même un étranger. Il y a là, quoi qu'on en ait dit, quelque chose qui sort du droit commun : sans doute, en droit commun, le mandataire peut se substituer un tiers dans l'exécution de son mandat; cela résulte de l'article 1994 C. C.; mais il faut remarquer que la personne, qu'il se substitue par application de cet article, aurait pu directement être choisie comme mandataire par le mandant lui-même. Ce qu'il y a ici d'extraordinaire, c'est que l'administrateur a un pouvoir plus grand que la société qui l'a nommé. Cette anomalie aurait été évitée si l'on avait permis directement à la société de prendre ses administrateurs même en dehors de son sein; et sans doute c'eût été là une solution préférable. Mais, cette

(1) V. le rapport dans Tripier, tom. I, p. 463.

remarque faite, nous croyons qu'en somme la solution de la loi n'est que bizarre, qu'elle ne présente pas les dangers qu'on a cru y découvrir, et qu'elle ne mérite pas les critiques très-vives dont elle a été l'objet (1). Ce pouvoir donné aux administrateurs est en effet soumis à une double restriction, qui le rend absolument sans danger : 1° il n'existe que lorsque la substitution a été permise par les statuts; la loi part de ce principe que le mandat d'administrateur doit être habituellement considéré comme personnel. Si elle autorise la substitution, c'est uniquement pour permettre de faire entrer dans l'administration un tiers non associé; ce sera à l'assemblée qui votera les statuts à examiner si cette introduction paraît désirable; et si elle lui semble dangereuse, il lui suffira de l'écarter par son silence; 2° l'administrateur qui se substitue un mandataire en est responsable à l'égard de la société. Il en est responsable dans tous les cas, et non pas seulement, comme d'après l'article 1994 C. C., lorsqu'il a fait choix d'une personne notoirement insolvable. Cette dernière disposition nous semble de nature à conjurer les dangers signalés par M. de Courcy : « Un administrateur en voyage, dit cet auteur (2), ou indisposé, ou tout simplement qui aura autre chose à faire et sera parti pour la chasse, n'aura, s'il ne veut pas perdre ses jetons de présence, qu'à envoyer siéger au conseil en sa place son secrétaire..... Chaque administrateur aura ainsi son suppléant ou sa doublure; les conseils seront toujours au complet; seulement l'été, pendant les bains de mer, il arrivera qu'ils ne seront

(1) V. surtout M. de Courcy, *loc. cit.*, p. 11 et s.

(2) *Les sociétés anonymes*, p. 38, 39.

composés que de doublures. » Ce danger est plus apparent que réel : les administrateurs, étant toujours responsables de la personne qu'ils se substituent, ne choisiront un mandataire qu'à bon escient et le surveilleront toujours. Ce qui eût été dangereux, ce qui leur eût permis de prêter leur nom à la société sans y consacrer en réalité leur nom et leur soin, c'eût été de leur permettre de se substituer des mandataires responsables en leurs lieu et place; mais, du moment que cela est impossible, qu'eux-mêmes restent toujours responsables, le danger est nul et les critiques faites à la loi imméritées.

Cette nomination du mandataire substitué pourra être l'œuvre soit du conseil d'administration tout entier, soit d'un seul ou de plusieurs des administrateurs. La loi ne proscriit aucune de ces combinaisons. Si c'est l'œuvre d'un seul administrateur, lui seul en sera responsable; si au contraire tous ou plusieurs ont concouru à la nomination, la responsabilité incombera à tous ceux qui y auront participé; et il faut décider que cette responsabilité sera solidaire, car c'est là un fait collectif, dans lequel il est impossible de déterminer la part qui revient à chacun.

Nous avons supposé jusqu'à présent, avec l'article 22 lui-même, que le mandataire substitué était pris en dehors de la société. Mais il est évident qu'à *fortiori* les administrateurs peuvent se substituer un mandataire pris parmi les actionnaires. Seulement, ici, une question peut s'élever : seront-ils encore responsables de ce mandataire dans tous les cas, ou n'en seront-ils responsables que dans les termes du droit commun, c'est-à-dire lorsqu'ils auront choisi, (étant admis que les statuts permettent la substitution,) une personne notoirement incapable ou insolvable? Il semble au

premier abord que cette dernière solution doive être adoptée : l'article 22 ne parle que du mandataire pris en dehors de la société ; c'est pour ce cas qu'il y a dérogation au droit commun ; si le mandataire est un actionnaire ou retombe sous l'empire de l'article 1994. Une réponse du rapporteur de la commission à M. Lanjuinais (1), dans la discussion de l'article, semble venir à l'appui de cette opinion. Nous croyons néanmoins qu'elle doit être rejetée : d'abord elle serait véritablement dangereuse, puisqu'il suffirait à l'administrateur de procurer une action de 500 francs à celui qu'il se substitue pour n'en être plus, en principe, responsable. En second lieu le texte même ne nous paraît pas décisif : l'article 22 permet de substituer un mandataire étranger à la société ; il faut lire : *même étranger à la société*. Mais de la responsabilité établie pour ce cas, dont il fallait parler parce que c'était une extension du droit commun, il ne résulte pas que la responsabilité n'existe pas dans les hypothèses normales. La loi, nous l'avons vu, part de ce principe que le mandat d'administrateur doit être considéré comme personnel : si on veut se substituer un tiers, on le peut, mais à condition d'en être responsable. La responsabilité découle donc du seul fait de la délégation, et non de la qualité de tiers étranger à la société ; elle existera quelle que soit la personne substituée. Toutefois, si le substitué était membre lui-même du conseil d'administration, il en serait autrement ; il est alors, au même titre que celui ou ceux dont il est le délégué, l'homme de la société, et il est directement responsable envers elle. C'est pour cela que le directeur, dont parle notre article, et qui n'est en somme, comme

(1) V. Tripier, tom. II, p. 129 et 130.

nous l'avons vu, que le mandataire substitué de la totalité du conseil, n'engage pas la responsabilité des collègues qui l'ont nommé; c'est parce qu'ils le choisissent, parmi eux, comme la loi le suppose. Mais, nous le répétons, s'ils le choisissaient en dehors du conseil, parmi les tiers ou même parmi les actionnaires, il ne serait plus qu'un mandataire substitué ordinaire, dont ils seraient pleinement responsables (1).

(1) L'article 22, § 2, est reproduit textuellement par l'article 14, § 2, du projet de la commission extra-parlementaire.

CHAPITRE II.

Des commissaires de surveillance.

A côté du conseil d'administration, qui agit au nom de la société, qui en gère les intérêts, qui représente, en un mot, ce que l'on pourrait appeler le pouvoir exécutif de la société anonyme, la loi place un pouvoir de surveillance, qui a pour rôle d'éclairer les actionnaires sur la marche de la société, et sur la manière dont les administrateurs remplissent leur mission. Il serait difficile en effet à l'assemblée générale, qui ne se réunit normalement qu'une fois chaque année, de délibérer en connaissance de cause sur la situation de la société, si l'on ne plaçait, entre elle et les administrateurs, des hommes chargés de vérifier l'exactitude des allégations de ces derniers et de surveiller au besoin leurs agissements. — L'existence obligatoire de cette commission de contrôle remonte à la loi de 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée, articles 14 et 15. On a pu craindre, en créant cette institution, qu'elle ne devînt le germe d'un antagonisme entre les administrateurs et les commissaires nommés pour ce contrôle, et qu'elle ne détruisît l'unité de direction nécessaire à la marche de la société. Ces ob-

jections furent soulevées en 1863 devant le Corps législatif. Mais on répondit avec raison que cette unité de direction n'était nullement détruite ; que les administrateurs et les commissaires devaient se maintenir dans deux sphères complètement distinctes, les premiers agissant, les seconds se bornant à contrôler (1) ; que, si les administrateurs pouvaient parfois être gênés par cette surveillance, les légers inconvénients qui en pourraient résulter étaient bien préférables aux fâcheux résultats que pourrait produire l'absence de tout contrôle. Ces raisons nous semblent motiver d'une manière très plausible l'existence des commissaires de surveillance ; la pratique du reste n'a jamais justifié les craintes que cette institution pouvait faire concevoir ; et le principe en lui-même nous paraît aujourd'hui difficilement contestable.

Peut-être même faut-il critiquer la timidité dont le législateur a fait preuve dans l'application de ce principe. Si nous comparons les sociétés anonymes aux sociétés en commandite par actions, nous nous convainçons bien vite qu'il y a tout autant de raison de contrôler sérieusement les administrateurs que le gérant de la commandite. Il est vrai que le gérant s'impose, au lieu que les administrateurs sont nommés par les actionnaires ; il est vrai encore que le gérant est en général unique, et les administrateurs presque toujours plusieurs, pouvant se surveiller les uns les autres. Mais ces deux différences tout à l'avantage des administrateurs, sont amplement compensées, suivant nous, par cette autre considération que le gérant, indéfiniment responsable, personnellement plus intéressé que tout autre à la réussite de la société,

(1) V. le rapport de M. de Miral sur la loi de 1863 ; Tripier, p. 49.

doit inspirer en somme plus de confiance que des administrateurs qui ne sont que des actionnaires, pouvant n'avoir à la bonne direction des affaires sociales qu'un intérêt minime. Nous croyons donc que la loi a eu tort de donner, comme nous le verrons, à nos commissaires de contrôle un rôle infiniment moins actif, moins sérieux que celui des conseils de surveillance dans la société anonyme. Les deux situations sont à peu près semblables, et il eût été assez naturel de les régir de la même manière.

Nous allons, comme pour les administrateurs, étudier d'abord l'organisation, ensuite le fonctionnement de ce second organe des sociétés anonymes.

SECTION I.

Règles relatives à l'organisation.

I. Les commissaires de surveillance sont nommés dans tous les cas par l'assemblée générale (art. 32). Ils ne peuvent donc jamais, à la différence des administrateurs, être désignés par les statuts ⁽¹⁾. Les premiers commissaires sont nommés par l'assemblée convoquée à la diligence des fondateurs en exécution de l'article 25; les autres, par l'assemblée générale annuelle. Ils sont nommés pour un an seulement ⁽²⁾; mais ils sont indéfiniment rééligibles, la loi n'ayant pas interdit leur réélection ⁽³⁾.

(1) D'après la loi Belge, au contraire, la nomination est faite, pour la première fois, par l'acte qui constitue définitivement la société (art. 54, § 2).

(2) Le maximum de la durée de leur mandat est fixé à six ans, par la loi Belge (art. 54, § 3). Conforme : art. 30, § 3, projet Roumain.

(3) En Belgique, les commissaires, comme les administrateurs,

Si l'assemblée générale a négligé de procéder à la nomination des commissaires, ou si les commissaires qu'elle a désignés ne peuvent ou ne veulent exercer leur mandat, il n'y a pas lieu à convoquer à nouveau l'assemblée. La pratique a en effet démontré combien il est difficile de réunir fréquemment le nombre d'actionnaires nécessaire pour une assemblée; et, pour ne pas multiplier inutilement les convocations, la loi a pris ici un détour qui permet d'éviter une réunion spéciale pour la nomination des commissaires. Dans cette hypothèse, il est procédé à leur désignation par ordonnance du Tribunal de commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés (art. 32, 3^e al.).

La prescription de l'article 32, 3^e al., est-elle impérative? Nous ne le croyons pas. La loi permet simplement d'éviter une convocation spéciale de l'assemblée. Mais rien ne s'y oppose, suivant nous, à ce qu'une assemblée générale, déjà convoquée pour toute autre cause et qui doit se réunir peu de temps après, procède à la nomination des commissaires manquants.

La nécessité d'appeler les administrateurs, dans le cas d'une nomination par le tribunal, a été critiquée avec assez de raison : on ne s'explique pas qu'ils aient un contrôle à exercer sur le choix des personnes appelées à les contrôler eux-mêmes; et leur présence, si elle n'offre aucun danger, est tout au moins inutile. On aurait donc pu sans inconvénient épargner aux intéressés, qui veulent faire nommer des commissaires, les frais de leur mise en cause. Ces frais seront du reste assez minimes; et en peuvent être obligés par les statuts à fournir un cautionnement en actions (art. 58). Conforme : art. 34, projet Roumain.

définitive cette formalité reste plus facile et plus simple qu'une convocation de l'assemblée générale. La critique que nous faisons ici de la loi est donc assez peu grave, mais au fond elle nous paraît justifiée.

II. L'assemblée générale a toute liberté dans le choix des commissaires. Elle peut les prendre même en dehors de la société, ce qui constitue une nouvelle différence avec les administrateurs. Ici encore on a soulevé des critiques; on a fait observer que cette disposition découlait d'une pensée de méfiance exagérée, et qu'il serait toujours grave de mettre en face des administrateurs associés, pour les surveiller, des commissaires non associés. Mais on peut répondre que ce n'est là qu'une simple faculté, et qu'habituellement la société préférera prendre les commissaires dans son sein. Il est possible seulement qu'elle ne trouve pas parmi ses membres des personnes ayant la compétence technique nécessaire pour surveiller efficacement la comptabilité; il est bon, dans ce cas, qu'elle puisse s'adresser à des étrangers, dont l'ingérence dans la société n'est, du reste, pas fort à craindre, les pouvoirs des commissaires étant, comme nous allons le voir, très restreints.

Comme les administrateurs, les commissaires sont des mandataires, dont le mandat peut être salarié ou gratuit. En fait ils seront presque toujours salariés, surtout s'ils sont pris en dehors de la société. Comme les administrateurs aussi, ils sont révocables *ad nutum*; bien que la loi ne le dise pas, cela résulte, d'une façon certaine, des principes généraux du mandat. Toutefois, leur mandat ne durant qu'un an et ne s'exerçant en fait que pendant un trimestre, il est clair que leur révocation sera rare.

SECTION II.

Fonctionnement du contrôle.

§ 1. *Obligations des commissaires.*

La principale obligation des commissaires consiste à présenter à l'assemblée générale qui suit leur nomination, un rapport sur la situation de la société, sur le bilan, et sur les comptes présentés par les administrateurs (art. 32) (1). La présentation de ce rapport est nécessaire pour que l'assemblée puisse délibérer valablement sur l'approbation du bilan et des comptes; la loi prononce, en effet, expressément, pour le cas où ce rapport n'aurait pas eu lieu, la sanction de la nullité (art. 32, al. 2).

Aucune règle n'est donnée par la loi pour la forme de ce rapport; les commissaires restent donc absolument maîtres de le faire en la forme qu'ils jugent convenable. Quant au fond, la seule règle qu'ils aient à suivre, c'est de faire un rapport sincère et sérieux; sinon ils engageraient leur responsabilité dans les limites que nous aurons à déterminer plus loin. Ils ne doivent pas seulement

(1) Une prescription très importante est proposée par le projet de la commission extra parlem. D'après l'article 16, les commissaires doivent, immédiatement après leur nomination, vérifier si toutes les dispositions relatives à la constitution de la société ont été observées. Il est clair qu'il est question seulement des premiers commissaires nommés par l'assemblée générale.

se borner à vérifier l'exactitude matérielle du bilan et des comptes ; cette simple constatation ne suffirait pas, en effet, à éclairer les actionnaires sur la marche de la société. Ils doivent, de plus, faire porter leur rapport sur la *situation* même de la société, comme le dit l'article 32, c'est-à-dire qu'ils doivent apprécier les opérations en elles-mêmes, et donner leur avis motivé sur la direction imprimée aux affaires sociales. C'est là un point qui résulte du texte même de l'article 32, et qui a été, du reste, nettement précisé dans la discussion de la loi (1). On n'exige pas cependant des commissaires, comme on l'avait demandé dans cette discussion, qu'ils signalent chaque année les dépréciations que le capital social aurait pu subir. La constatation publique de ces dépréciations pouvant n'être pas sans inconvénients pour la société, on n'a pas voulu leur en faire une obligation stricte : leur seul devoir est de montrer exactement aux actionnaires la situation de la société ; à eux de voir s'il est nécessaire pour cela de publier les dépréciations subies par le capital.

Leur rapport doit être déposé quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée, afin que tout actionnaire puisse en prendre connaissance (art. 35). Nous reviendrons sur ce point en traitant des assemblées générales.

§ 2. *Pouvoirs des commissaires.*

Les pouvoirs donnés aux commissaires ont pour but de les mettre à même de remplir leur mission, telle que nous venons de la définir. Ils consistent principalement

(1) V. Tripier, tom. II, p. 202. Observations de M. le rapporteur.

dans le droit de prendre communication de livres et d'examiner les opérations de la société (art. 33). Ces termes du texte, qui sont très généraux, leur permettront de demander toutes les communications qu'ils jugeront convenables, d'examiner tous les papiers qu'ils croiront utile de connaître pour exercer leur contrôle, et même de prendre copie de ces documents. Mais le trait caractéristique de ce contrôle, ce qui fait qu'il n'est pas aussi étendu ni aussi efficace qu'on pourrait peut-être le désirer, c'est qu'il n'est pas permanent (1). Les commissaires ne peuvent pas, comme ils le pouvaient d'après la loi de 1863, et comme le peuvent encore les membres du conseil de surveillance de la commandite, prendre communication de ces documents toutes les fois qu'ils le croient utile. Leur droit de contrôle n'existe que pendant les trois mois qui précèdent la réunion de l'assemblée générale; c'est pendant cette période seulement qu'ils peuvent demander à voir les livres et à examiner les opérations de la société pour préparer les éléments de leur rapport; et encore cette période se réduit-elle à soixante-quinze jours, puisque ce rapport doit être prêt quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée. On a craint qu'un contrôle permanent ne gênât l'action des administrateurs; mais il est permis de trouver que le temps accordé aux commissaires, pour vérifier et apprécier les opérations de toute une année, est bien court, et que des pouvoirs plus larges leur auraient donné le moyen de remplir plus efficacement leur mission.

(1) Le législateur Belge, contrairement à la loi française, accorde aux commissaires « un droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société. » Art. 55, § 1. Conforme : art. 34, projet Roumain.

Comme dernier élément de leur rapport, ils ont également le droit de prendre connaissance de l'inventaire, du bilan et du compte de profits et pertes que les administrateurs ont dû dresser. Ces documents doivent être mis à leur disposition quarante jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale (art. 34), c'est-à-dire vingt-cinq jours avant le dépôt de leur rapport. L'état semestriel, prescrit par ce même article 34, doit également leur être communiqué.

A côté des pouvoirs que nous venons d'indiquer, et qui constituent les attributions normales des commissaires, la loi a placé un dernier pouvoir beaucoup plus grave, celui de convoquer, en cas d'urgence, l'assemblée générale. Ce droit n'est point limité dans sa durée, comme le droit de contrôle proprement dit; il peut être exercé pendant l'année entière; mais il est clair qu'en dehors du trimestre de contrôle il restera d'ordinaire à l'état purement théorique, les commissaires n'ayant pas les moyens de savoir si la situation de la société exige qu'ils aient recours à une convocation extraordinaire de l'assemblée. Ce pouvoir n'en est pas moins très grave; après avoir restreint, comme nous l'avons vu, le droit de contrôle, il était assez peu logique, semble-t-il, de donner aux commissaires une arme aussi dangereuse; une convocation intempestive peut être de nature à nuire beaucoup au crédit de la société. Aussi l'exposé des motifs de la loi invite-t-il, d'une façon presque formelle, les commissaires à n'user de ce pouvoir qu'à la dernière extrémité : « Le soin de leur propre responsabilité, y est-il dit (1), les empêchera de recou-

(1) Tripier, tom. I, p. 175.

rir sans motifs graves, à cette mesure extraordinaire. »

Tels sont les pouvoirs accordés par le législateur aux commissaires de surveillance. Il faut ajouter ici une remarque importante : ces pouvoirs constituent le minimum de ce qui doit leur être accordé; mais la loi n'a point interdit d'établir par les statuts un droit de contrôle plus rigoureux. Le mandat des commissaires est en somme un mandat conventionnel, que les parties peuvent régler comme elles l'entendent. Tout ce que la loi exige c'est que la surveillance qu'elle indique soit réellement exercée; mais rien n'empêche d'établir une surveillance plus étendue. On pourrait, par exemple, très valablement, augmenter la période de contrôle ou même rendre ce contrôle permanent.

§ 3. *Responsabilité des commissaires.*

Comme les administrateurs, les commissaires sont responsables envers la société et envers les actionnaires suivant les règles du mandat (art. 43). Seulement, leur mandat étant moins étendu, il est évident que leur responsabilité est moindre; mais elle a son fondement dans les mêmes principes. Ils répondent donc non-seulement de leur dol, mais aussi de leur faute : alors même que leur bonne foi serait complète, on pourrait les rendre responsables des erreurs qui se trouveraient dans leur rapport, si ces erreurs sont imputables à leur faute ou à leur négligence. Il ne suffit pas du reste que leur rapport ne contienne pas d'erreur matérielle; il peut y avoir faute engageant leur responsabilité, d'après ce que nous avons vu plus haut, dans de simples appréciations inexactes sur

l'état de la société. La sévérité à cet égard sera plus ou moins grande, d'après l'article 1992 C. C., suivant que leur mandat sera salarié ou gratuit.

Tout ceci n'offre pas de difficultés sérieuses. Mais une controverse grave s'est au contraire élevée sur la responsabilité des commissaires *envers les tiers*. Il semble résulter de la lecture des textes que les commissaires n'encourent jamais à l'égard des tiers aucune responsabilité : les articles 43 et 44 déclarent en effet, le premier, que les commissaires sont responsables *envers la société*, le second, que les administrateurs sont responsables *envers la société et envers les tiers*. Il semble résulter de cette antithèse que les commissaires n'ont envers les tiers aucune obligation et cette doctrine a en effet été acceptée par quelques auteurs (1). La mission des commissaires est tout intérieure, dit-on, pour justifier cette solution ; ils n'ont de devoir à remplir qu'envers les actionnaires, qu'ils doivent éclairer sur la conduite des administrateurs ; ils agissent dans un intérêt social, et nullement dans un intérêt public. Leur contrôle d'ailleurs n'a pas de publicité obligatoire, et en général il n'aura aucune influence sérieuse de nature à nuire aux intérêts des tiers.

Bien que ces dernières observations contiennent une part de vérité, nous ne saurions nous rallier à ce système, qui a été repoussé par la plupart des auteurs et par la Cour de cassation (2). L'argument tiré du texte n'est qu'un argument *a contrario*, d'autant moins décisif que

(1) Bédarride, *loc. cit.*, t. II, n° 489 ; Sourdat, *Resp.*, t. II, n° 1287 ; Labbé, Sirey, 74. 1. 102.

(2) Boistel, nos 289 et 323 ; Lyon-Caen et Renault, n° 485 ; Pont, *loc. cit.*, n° 1697 ; Lescœur, *Essai*, n° 339 ; Cass., 13 janvier 1869, D. 70. 1. 67.

la loi est assez mal rédigée, et qu'il aurait pour conséquence de nous éloigner du droit commun. Le droit commun, c'est l'application, ici comme en ce qui concerne les administrateurs, des articles 1382, 1383 C. C. Sans doute la négligence des commissaires nuira moins souvent aux tiers que la négligence des administrateurs; en général ce seront plutôt les actionnaires qui auront occasion de se plaindre d'eux. Mais si les inexactitudes contenues dans leur rapport ont eu pour résultat d'induire des tiers en erreur sur la situation de la société, et les a conduits à entrer en rapport d'affaires avec elle, ces tiers seront fondés à demander aux commissaires réparation du préjudice subi, puisque ce préjudice leur est imputable à faute. Quant à soutenir que la mission des commissaires a été organisée uniquement dans l'intérêt des actionnaires, et que les tiers ne doivent pas chercher dans cette surveillance une protection pour eux-mêmes, nous croyons que c'est une erreur. La loi de 1867 a eu en vue, dans la plupart de ses dispositions, un intérêt public; son but a été de protéger contre les fraudes, contre les entreprises hasardées ou malhonnêtes, non pas seulement les actionnaires, mais toutes les personnes à qui de semblables entreprises pouvaient préjudicier; et il n'y a pas de bonne raison de restreindre cette protection à certaines personnes seulement.

La responsabilité des commissaires ainsi déterminée, soit envers les actionnaires, soit envers les tiers, nous devons encore nous demander comment cette responsabilité doit être supportée au cas où il y a plusieurs commissaires : seront-ils tenus solidairement, ou faudra-t-il diviser leur obligation? A première vue, il semble que l'article 1995 Code civil conduise à cette dernière

solution : d'après cet article, lorsqu'il y a plusieurs mandataires établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée. Mais, à cette opinion, admise par quelques auteurs ⁽¹⁾, il y a plusieurs objections à faire : en premier lieu, on admet généralement que cet article n'est applicable qu'au mandat civil, et le mandat des commissaires est commercial. Ajoutons qu'il est presque toujours salarié, ce qui peut autoriser une plus grande rigueur. En outre, l'article 1995 ne peut recevoir son application, par la force même des choses, que s'il est possible de déterminer, dans l'acte domageable accompli par plusieurs comandataires, la part de responsabilité revenant à chacun. Or, lorsque les commissaires n'ont pas présenté de rapport ou lorsqu'ils ont présenté un rapport inexact, cette omission ou cette inexactitude est en général l'œuvre de tous; la solidarité naîtra donc de l'impossibilité de déterminer la part de chacun dans le fait coupable. Il est évident, d'ailleurs, qu'il n'y aurait lieu à aucune solidarité contre ceux des commissaires qui se seraient séparés des autres, et avait refusé de s'associer au rapport qui constitue la faute. Mais, en dehors de ce cas, la solidarité devra être prononcée, et par conséquent, il faudra l'admettre dans les hypothèses les plus habituelles ⁽²⁾.

Une dernière controverse s'est élevée, commune, comme la précédente, à la responsabilité des commissaires soit envers les actionnaires, soit envers les tiers.

(1) Rivière, sur la loi 1867, n° 278.

(2) En ce sens : Bédarride, *loc. cit.*, t. II, n° 491; Lyon-Caen et Renault, n° 485; Boistel, n° 287.

Il s'agit de savoir si cette responsabilité peut se trouver engagée même par les actes antérieurs au trimestre pendant lequel ils peuvent exercer leur contrôle. La Cour de Paris a décidé que la détermination de ce trimestre n'avait nullement pour effet de restreindre cette responsabilité, et elle a déclaré responsable un commissaire qui avait donné sa démission quatre mois avant la réunion de l'assemblée (1). Nous ne saurions nous associer théoriquement à cette solution; qu'un commissaire, qui a fait ou dû faire son rapport, soit déclaré responsable des faits qui se sont passés avant le trimestre de contrôle, s'il a omis de les signaler et de les analyser, rien de plus juste; il y a là une faute qui lui est imputable, à laquelle il s'est du moins associé, et dont il doit réparation. Mais s'il a valablement donné sa démission avant ce trimestre, il nous semble qu'il doit être déchargé de toute responsabilité, car jusque-là il n'a aucun moyen d'action sur la direction de la société, et on ne peut le rendre responsable des faits auxquels il n'a pas participé. Nous convenons seulement que souvent on pourra voir une faute dommageable dans le fait même de sa démission, le commissaire nommé ayant le devoir de s'acquitter de sa tâche, une fois acceptée, à moins qu'il ne trouve dans les principes du mandat un motif valable d'y renoncer. Cette considération justifie probablement en fait l'arrêt de la Cour de Paris que nous avons théoriquement critiqué; mais nous persistons à croire que, si le commissaire a pu valablement et sans faute de sa part, donner sa démission avant le trimestre de contrôle, il échappe par là même à toute responsabilité.

(1) Paris, 14 décembre 1880; *Journal des sociétés*, 1881, p. 28.

CHAPITRE III.

Des assemblées d'actionnaires.

Les deux pouvoirs que nous avons étudiés jusqu'à présent, administrateurs et commissaires de surveillance, ne peuvent pas être considérés, au moins en théorie, comme les pouvoirs souverains dans la société anonyme. Les administrateurs, il est vrai, ont en fait la direction de la société; ce sont eux qui lui donnent l'impulsion, qui la représentent dans ses relations avec les tiers, et qui, seuls présents chaque jour au siège social, accomplissent presque librement en son nom les actes les plus importants comme les plus ordinaires. Cependant les administrateurs (aussi bien que les commissaires qui contrôlent leur gestion), ont au-dessus d'eux un pouvoir prépondérant et souverain, qui les nomme, qui les révoque, qui peut leur ordonner ou leur interdire certains actes, dont ils ne sont eux-mêmes, en un mot, qu'une émanation. Ce pouvoir souverain, c'est l'*assemblée des actionnaires*. Il est clair en effet que, théoriquement, les seuls maîtres de la société, ce sont les associés eux-mêmes, et l'assemblée n'est pas autre chose que la réunion des associés; à elle donc, à elle seule appartient la haute direction des affaires sociales. Pouvoir, du reste, plus

théorique que réel. En fait, nous le répétons, ceux qui dirigent réellement la société, ce sont les administrateurs : s'occupant seuls d'une manière active et suivie de la gestion de ses affaires, seuls au courant et bien informés, ayant par conséquent entre les mains les moyens de diriger eux-mêmes presque à leur gré ce pouvoir souverain qui les domine, on a pu les comparer justement⁽¹⁾ à ces maires du palais qui avaient en fait la plénitude du pouvoir, et ne laissaient au souverain légal que les apparences de la suzeraineté. En un mot, l'assemblée règne, mais les administrateurs gouvernent.

Il n'en reste pas moins vrai qu'ils ne peuvent gouverner, au moins en ce qui concerne les actes les plus importants, que par l'intermédiaire de l'assemblée elle-même ; qu'en outre celle-ci reçoit leurs comptes, les nomme et les révoque. Elle est donc, malgré tout, un pouvoir sérieux, ayant des attributions intransmissibles, à qui doivent être soumises toutes les questions majeures. Il importe, par conséquent, de l'étudier avec soin.

Or, ce qu'il faut indiquer tout d'abord, c'est que les actionnaires peuvent être convoqués pour des causes et dans des circonstances bien différentes. Il y a donc à distinguer plusieurs espèces d'assemblées d'actionnaires. En premier lieu, il faut nommer les assemblées dites constitutives, celles qui se réunissent au moment de la formation de la société, pour vérifier la déclaration des fondateurs constatant la souscription du capital et le versement du quart, pour approuver les apports faits autrement qu'en numéraire, enfin pour nommer les premiers administrateurs et les premiers commissaires. L'étude de

(1) Georges Deloison, *Soc. comm.*, t. II, n° 418.

ces assemblées ne rentre pas dans le cadre de notre thèse : disons seulement, qu'à raison de la gravité particulière de leurs délibérations, elles sont soumises à des règles spéciales; que, par exemple, tout actionnaire a le droit d'y prendre part, et qu'elles doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social ⁽¹⁾ (V. art. 27, § 2, et art. 30).

Ceci indiqué, notre tâche doit se borner maintenant à étudier les assemblées qui se réunissent au cours de la société. Parmi celles-là encore, il faut distinguer deux catégories : 1° les *assemblées ordinaires*, qui se réunissent périodiquement à des époques fixées par les statuts, pour contrôler la marche des affaires sociales; 2° les *assemblées extraordinaires*, que l'on doit réunir pour certaines délibérations spéciales. Nous les étudierons successivement; mais auparavant, nous examinerons dans une première section les règles communes à ces deux espèces d'assemblées.

SECTION I.

Règles communes aux assemblées ordinaires et aux assemblées extraordinaires.

I. Il y a d'abord certaines règles de pure forme, qui ont pour but d'assurer et de constater la régularité de la réunion, et qui sont applicables à toutes les assemblées. De ces règles, les unes dérivent de l'usage et de la nature

(1) Cette dernière condition n'est pas exigée par la loi Belge pour l'assemblée constitutive.

même des choses; les autres sont prescrites par la loi, notamment par l'article 28.

Toute assemblée doit commencer par former son bureau; c'est là une première formalité indispensable à toute réunion qui veut délibérer avec ordre et régularité. Sur la composition de ce bureau, la loi est muette; c'est un point qui est réglé par les statuts. Habituellement il se compose du président du conseil d'administration et des deux plus forts actionnaires présents; il se complète en nommant lui-même, toujours parmi les actionnaires présents, un secrétaire et des scrutateurs. Mais il n'y a point là de règle générale: les statuts ou même, en cas de silence des statuts, l'assemblée elle-même, pourraient adopter tel autre mode de formation du bureau qu'ils jugeraient convenable.

Procès-verbal des délibérations doit être dressé. Ce procès-verbal doit être signé soit par le bureau, soit au moins par quelques-uns de ses membres, dans les conditions qu'indiquent les statuts. Dépourvu de signature, le procès-verbal ne ferait aucune foi en justice, et par conséquent la délibération au moins en fait, serait considérée comme n'ayant aucune existence légale ⁽¹⁾.

L'article 28 contient une série de dispositions, qui ont toutes pour but commun de prévenir les fraudes qui peuvent être commises dans la tenue des assemblées. On a dit ⁽²⁾, avec quelque raison, que quelques-unes de ces règles étaient un peu minutieuses pour figurer dans

(1) Lyon, 26 novembre 1863, D. 64. 2. 233.

(2) De Courcy, *loc. cit.*, p. 115; Lyon-Caen et Renault, p. 260, note 1.

la loi, et qu'il eût mieux valu les laisser édicter par les statuts. Peut-être cependant n'est-il pas inutile que la loi prenne soin elle-même de tracer quelques règles protectrices de la régularité des délibérations; c'est l'excès seul de la réglementation qui est à blâmer. Quoi qu'il en soit, voici les dispositions de l'article 28 : « Dans toutes les assemblées générales, les délibérations sont prises à la majorité des voix. Il est tenu une feuille de présence; elle contient les noms et domiciles des actionnaires, et le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur; Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siège social et doit être communiquée à tout requérant (1). » Cette dernière disposition est excessive, car elle implique le droit d'exiger la communication même pour les personnes absolument étrangères à la société. Il eût été suffisant de dire que la feuille devait être communiquée à tout actionnaire.

II. Quant à la composition des assemblées, elle varie suivant leur nature; elle comporte donc des règles que nous ne pourrions indiquer qu'en traitant de chaque espèce d'assemblée en particulier. Néanmoins, il est une idée générale, que nous pouvons dégager immédiatement, parce qu'elle est commune à toutes les assemblées : c'est que, pour y être admis, il faut *avoir la qualité*

(1) La loi Belge dispose qu'en l'absence de dispositions dans les statuts, relatives au mode de délibération de l'assemblée générale, « les nominations se font et les décisions se prennent d'après les règles ordinaires des assemblées délibérantes; les procès-verbaux sont signés par les actionnaires nécessaires à la formation de la majorité; les expéditions à délivrer aux tiers sont signées par la majorité des administrateurs et des commissaires. » Art. 61, § 4. Conforme : Art. 37, § 1, projet Roumain.

d'actionnaire, ou tout au moins représenter un actionnaire. Cela est d'évidence, et n'exigerait aucun développement, si nous n'avions à faire deux remarques fort importantes :

1° Il résulte, de la manière même dont nous avons énoncé la règle, qu'en principe les actionnaires peuvent se faire représenter aux assemblées, et qu'ils peuvent même choisir comme mandataires des personnes étrangères à la société. Ce principe n'est pas sérieusement contestable : la faculté de se faire représenter est en effet de droit commun ; et non-seulement elle n'est pas écartée par la loi de 1867, mais elle est reconnue implicitement dans l'article 27. Seulement, afin d'empêcher l'immixtion des étrangers dans les affaires de la société, les statuts stipulent en général que les actionnaires ne pourront choisir, pour les représenter, que des personnes ayant elles-mêmes la qualité d'actionnaires.

2° Avoir la qualité d'actionnaire, c'est évidemment être propriétaire d'actions. Mais ici s'élève une question délicate : doit-on considérer comme propriétaires d'actions ceux qui ne sont porteurs de titres qu'en vertu d'une opération de report ? Sans entrer dans tous les détails de la question, qui nous entraîneraient trop loin, indiquons-en brièvement les éléments : le capitaliste qui place son argent en report fait une opération qui, pour qui va au fond des choses, ressemble beaucoup à un prêt sur gage ; il prête au reporté une certaine somme d'argent, en se faisant donner, comme sûreté, comme gage, les titres sur lesquels le report s'effectue. Aussi certains auteurs, s'attachant à ces idées, inclinent-ils à décider que le reporteur n'est pas réellement propriétaire des titres qu'il reporte, et qu'en conséquence ces titres ne

lui donnent point le droit de figurer dans les assemblées ⁽¹⁾. Mais la jurisprudence a, depuis longtemps, analysé d'une manière toute différente la nature juridique du report; elle a accepté l'opération telle qu'elle se présentait à elle, et telle qu'elle était envisagée dans les traditions de la Bourse. Suivant elle, donc, le report s'analyse en une double opération : un achat au comptant, suivi d'une revente à terme. Le reporteur ne fait pas un prêt au reporté : il lui achète ses titres, les lui paie comptant, et les lui revend fin courant. Il en résulte que, pendant la durée de l'opération, et tant que les titres sont entre ses mains, le reporteur n'est pas seulement un créancier gagiste, mais bien un propriétaire. D'où la conclusion que les titres qu'il reporte lui donnent droit de figurer dans les assemblées en qualité d'actionnaire. Voyez dans le sens de cette solution, qui nous paraît préférable et que l'on peut considérer comme admise en jurisprudence, l'arrêt de la Cour de Paris du 19 avril 1875, et les conclusions, qui le précèdent, de M. l'avocat général Hémar ⁽²⁾. Nous nous bornons à y renvoyer pour les détails de la question qui nous semble sortir un peu du sujet de cette étude.

(1) V. Pont, *loc. cit.*, n° 1552, et *Petits contrats*, t. II, n° 115, t. I, n° 625. Dans ce système, les pénalités de l'article 13 seraient applicables aux reporteurs qui auraient voté dans les assemblées générales.

(2) Dalloz, 75. 2. 161; cf. Cass., 25 novembre 1861, D. 62. 1. 163.

SECTION II.

Des assemblées ordinaires.

§ 1. *Formalités préliminaires.*

L'assemblée ordinaire doit être réunie au moins une fois par an, à l'époque fixée par les statuts (art. 27). Le but de cette réunion est le contrôle des affaires sociales. Pour que ce contrôle soit possible, il faut que chaque actionnaire ait entre les mains ou tout au moins puisse consulter les pièces propres à l'éclairer sur la direction de ces affaires, et il importe même qu'il en ait connaissance quelques jours avant la réunion, afin qu'il puisse émettre une appréciation réfléchie, et qu'il ne soit pas exposé à des surprises. De là, les dispositions de l'article 35. D'après la loi de 1863, une copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires, devait, quinze jours au moins avant l'assemblée, être adressée à chacun des actionnaires connus et déposée au greffe du tribunal de commerce. Cette mesure eût été excellente, si elle n'eût présenté des difficultés d'exécution presque insurmontables; il était impossible, en effet, de connaître le nom des actionnaires; on ne pouvait que s'en référer pour cela au procès-verbal de la précédente assemblée, procès-verbal nécessairement incomplet et inexact, tous les actionnaires n'assistant pas aux assemblées, et beaucoup de mutations pouvant s'opérer dans l'espace d'une année. Aussi la loi de 1867 a-t-elle modifié, dans un sens beaucoup

plus pratique, ces dispositions. Aucune pièce n'est plus envoyée aux actionnaires : seulement chacun d'eux a le droit, *dans la quinzaine qui précède l'assemblée* ⁽¹⁾, de prendre, au siège social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, (c'est-à-dire de la liste nominative de tous les actionnaires, dont il est question à l'article 55; il est impossible de connaître d'avance la liste des actionnaires qui vont être présents à l'assemblée.) En outre, chaque actionnaire a également le droit, dans cette même quinzaine, de se faire délivrer copie du bilan et du rapport des commissaires ⁽²⁾. On avait proposé, dans la discussion, que les actionnaires puissent aussi avoir communication à l'avance du rapport des administrateurs. Mais cette proposition a été rejetée : elle n'aurait pas été sans inconvénient dans la pratique; il se peut en effet que des événements imprévus se produisant au dernier moment viennent modifier complètement la situation, et il est important que les administrateurs puissent changer, jusqu'à l'heure même de la réunion, les termes de leur rapport ⁽³⁾.

Les communications que nous venons d'indiquer peuvent être exigées, non pas seulement par les actionnaires

(1) L'article 35 dit : quinze jours *au moins* avant la réunion de l'assemblée..., ce qui semblerait indiquer que le droit de communication cesse quinze jours avant la réunion, au lieu que précisément c'est à ce moment que le droit prend naissance. Cette faute de rédaction provient de la modification apportée à la loi de 1863; elle est du reste sans importance, la véritable pensée de la loi n'étant pas douteuse.

(2) Cpr. article 63, loi Belge. Art. 39, projet Roumain.

(3) V. de Courcy, *loc cit*, p. 145 et suiv. Le projet de la Commission extra-parlementaire, article 27, § 2, exige que le rapport des administrateurs soit déposé au siège social trois jours avant l'assemblée, et que tout actionnaire puisse en prendre connaissance.

qui ont le droit d'assister à l'assemblée, mais par tout actionnaire. Nous verrons tout à l'heure qu'il faut souvent, pour être admis à l'assemblée, être porteur d'un nombre d'actions déterminé. Mais il serait injuste que les associés, privés ainsi du droit de prendre part aux délibérations, fussent privés par là même de tout droit de contrôle dans les affaires sociales. La faculté, qui leur est ici reconnue, de demander communication des pièces indiquées dans l'article 35, leur permettra de se tenir au courant de ces affaires; et, s'ils ne peuvent prendre la parole dans l'assemblée, ils pourront du moins soumettre leurs observations aux actionnaires admis à la réunion, et avoir ainsi peut-être une influence indirecte sur le résultat des délibérations.

Le droit donné aux actionnaires de se faire délivrer copie du bilan et du rapport, aboutit en général dans la pratique à l'impression de ces documents. Sans cette mesure, il serait souvent très difficile de satisfaire aux demandes de copies de tous les associés. Quand la société croit devoir la prendre, il est clair que les frais d'impression sont à sa charge. Mais, au cas contraire, on peut se demander à qui doivent être imposés les frais de la copie réclamée par chaque actionnaire. On a dit que, dans le silence de la loi, la seule solution possible était de mettre ces frais à la charge des actionnaires eux-mêmes ⁽¹⁾; et cette solution serait en effet très naturelle, si vraiment la loi avait gardé le silence. Mais, précisément le texte de l'article 35, nous semble implicitement trancher la question en sens contraire : il donne droit à l'actionnaire de *se faire délivrer copie*; la société

(1) Boistel, n° 324; Alauzet, *loc. cit.*, n° 750.

est donc obligée à la délivrance de la copie, et conséquemment, elle doit en faire les frais. Cela, du reste, ne paraîtra pas étonnant, si l'on se souvient que, dans la loi de 1863, les copies devaient être envoyées à tous les actionnaires connus; il était très certain alors que la copie elle-même, comme son envoi, était à la charge de la société. La loi de 1867 a supprimé l'envoi, comme une formalité peu pratique, mais elle n'a pas dû avoir la pensée de mettre les frais de la copie à la charge des actionnaires; car son but était de rendre la publicité plus simple, plus efficace, et non de la restreindre. La société paiera donc les frais de copie du bilan et du rapport des commissaires. En matière de société en commandite, il en est autrement; mais aussi l'article 12 s'exprime-t-il d'une manière toute différente de l'article 35 ⁽¹⁾.

§ 2. *Composition des assemblées ordinaires.*

Les statuts, dit l'article 27, déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder....., pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur. Il y a là, pour les rédacteurs des statuts, une double détermination à faire :

1° Détermination du nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder pour être admis dans l'assemblée. C'est dire que tous les actionnaires n'y sont pas nécessairement admis. Les sociétés anonymes ont souvent, en effet, un capital très considérable, divisé entre un si grand nombre

(1) En ce sens : Pont, *loc. cit.*, n° 1674; Bédarride, *loc. cit.*, n° 434.

d'actionnaires, que d'abord aucun local ne pourrait suffire à les réunir tous; qu'ensuite et surtout, si on voulait l'essayer, on n'arriverait qu'à former une réunion tumultueuse, incapable de prendre de sérieuses délibérations. On a donc bien fait de repousser l'amendement proposé par M. de Janzé, amendement d'après lequel tout porteur d'actions aurait eu droit de prendre part à l'assemblée (1). Il fallait laisser sur ce point une certaine latitude aux rédacteurs des statuts.

2° Détermination du nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur. Ici encore, on a repoussé l'amendement de M. de Janzé, qui demandait que tout associé, quel que fût le nombre de ses actions, ne pût jamais avoir qu'une seule voix. Sans doute, il peut paraître choquant, à première vue, que tous les actionnaires admis à l'assemblée ne s'y rencontrent pas sur un pied d'égalité, et que quelques-uns, porteurs d'un grand nombre d'actions, puissent faire la loi à tous les autres. Mais l'égalité parfaite, telle que voulait l'établir M. de Janzé, eût produit des résultats plus choquants encore : il est juste, en définitive, que la prépondérance dans les délibérations appartienne à ceux des actionnaires qui ont entre les mains la plus grosse part du capital social; et il ne nous paraît nullement désirable que vingt petits actionnaires, possédant chacun un titre, puissent imposer leurs volontés à dix gros actionnaires qui ont, à eux seuls, plusieurs milliers. L'égalité ainsi comprise, c'était, comme on l'a fort bien dit

(1) Le législateur Belge a admis, au contraire, le système du suffrage universel. Tous les actionnaires ont le droit de voter, et cela « nonobstant toute disposition contraire. » Art. 61, § 2. Conforme : art. 37, § 2, projet Roumain.

dans la discussion, l'écrasement du franc par le centime, du pot de fer par le pot de terre (1). D'autre part, ordonner impérativement dans la loi que chaque actionnaire aurait toujours un nombre de voix proportionnel au nombre d'actions dont il est porteur, c'était sacrifier un peu trop sommairement les petites bourses. La loi a préféré s'en rapporter, pour le règlement de cette question, aux rédacteurs des statuts (2) : ceux-ci, intéressés à attirer tout à la fois les petits et les gros souscripteurs, sauront en général ménager tous les intérêts. Le plus ordinairement dans la pratique, ils stipulent que les actionnaires auront un nombre de voix proportionnel au nombre de leurs actions, mais ils ajoutent cette restriction, qu'en aucun cas, le nombre de voix attribué à un actionnaire ne pourra être supérieur à un maximum qu'ils déterminent. La loi fait elle-même cette limitation pour les assemblées constitutives (3) (art. 27, *in fine*); pour nos assemblées ordinaires, elle reste muette, mais un maximum est habituellement fixé par les statuts.

Si les statuts omettaient de régler les deux points que nous venons d'indiquer, il faudrait s'en tenir au droit commun : par conséquent tout actionnaire devrait être admis à l'assemblée, et, quel que fût le nombre de ses

(1) Cependant plusieurs auteurs sont partisans, en législation, de cette théorie de l'égalité. V. de Courcy, *loc. cit.*, p. 108; Pont, *loc. cit.*, n° 1676; Lyon-Caen et Renault, n° 489, note 1.

(2) Sur ce point, cependant, le système adopté par la loi Belge est préférable : lorsque le vote proportionnel est admis par les statuts, « nul ne peut prendre part au vote pour un nombre d'actions dépassant la cinquième partie du nombre des actions émises, ou les deux cinquièmes des actions pour lesquelles il est pris part au vote. » Art. 61, § 1. Conforme : art. 37, § 2, projet Roumain.

(3) Maximum de 10 voix,

actions, son vote ne pourrait être compté que pour une voix. L'égalité est, en effet, malgré les inconvénients qu'elle peut avoir, la seule règle à laquelle il soit possible d'avoir recours en cas de silence des statuts.

L'assemblée générale ordinaire, pour pouvoir délibérer valablement, doit comprendre un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social ⁽¹⁾ (art. 29). Cette disposition était évidemment nécessaire pour le sérieux des délibérations; mais il fallait cependant que l'absence des actionnaires, ou leur négligence trop fréquente à répondre aux convocations, ne pût pas empêcher le fonctionnement normal de la société. Aussi l'article 29 ajoute-t-il, comme le faisait déjà l'article 14 de la loi de 1863, que, si l'assemblée générale ne réunit pas le nombre voulu, une nouvelle assemblée est convoquée dans les délais et dans les formes réglés par les statuts. Celle-ci alors délibère valablement, quel que soit le nombre des actionnaires présents.

§ 3. *Attributions des assemblées ordinaires.*

Nous connaissons déjà, par les différentes explications données ci-dessus, les principales attributions de l'assemblée ordinaire. C'est elle qui remplace ou réélit les administrateurs dont les pouvoirs sont expirés; c'est elle aussi qui nomme chaque année les commissaires pour l'année suivante. On présente à son approbation l'inventaire, le bilan et les comptes; elle entend le rap-

(1) Aucune condition de ce genre n'est stipulée par la loi Belge pour les assemblées ordinaires.

port des commissaires et celui des administrateurs. Elle décide souverainement sur les diverses propositions qui lui sont faites au sujet de l'administration, ou de la direction à donner aux affaires sociales : notamment elle délibère sur la distribution des dividendes, auxquels on applique, comme dans la société en commandite, les trois derniers paragraphes de l'article 10 (1).

L'assemblée ordinaire peut aussi autoriser les administrateurs à passer les actes qui excèdent leurs pouvoirs d'administration ; par exemple, les aliénations immobilières ou les constitutions d'hypothèque (2) ; ratifier les actes de mauvaise gestion commis par eux, et renoncer à leur en demander compte (3) ; valider les actes excédant leurs pouvoirs, qu'ils auraient faits avant toute autorisation, etc., etc. (4). Cependant il ne faudrait pas croire que ce pouvoir, que nous avons appelé souverain, n'ait aucune limite, et puisse s'exercer d'une façon absolument arbitraire. Il est lié, comme le sont les administrateurs eux-mêmes, par les clauses du pacte social, qu'il ne lui est permis ni de violer, ni de modifier ; il ne peut

(1) Nous étudierons plus loin les règles qu'ils renferment (V. ch. IV, sect. 1).

(2) Cass., 7 mai 1844, D. 51. 5. 494.

(3) Cass., 27 décembre 1853, D. 54. 1. 145.

(4) La loi Belge détermine mieux les pouvoirs de l'assemblée générale des actionnaires. Elle accorde à l'assemblée « les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société (n° 59, § 1). « Il résulte de la discussion que cette prescription comprend les pouvoirs de transiger, de compromettre, de constituer hypothèque, etc. (V. Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873, par Guillery ; Rapports à la Chambre, pages 129, 157 ; Discussions à la Chambre, pag. 343 et s., 458 et s ; Rapports au Sénat, p. 517). Conforme : art. 35, § 1, projet Roumain.

donc se mouvoir que dans la sphère déterminée par les statuts; au delà, il empiéterait sur les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire. Quand donc nous disons, par exemple, que l'assemblée ordinaire peut autoriser les administrateurs à passer les actes qui excèdent leurs pouvoirs, il faut entendre par là uniquement les actes qui ne sont point interdits soit expressément soit implicitement par les statuts. Mais, dans cette limite, l'assemblée est souveraine, en ce sens que ses décisions, prises légalement à la majorité des voix, s'imposent à tous, même aux actionnaires qui n'y ont point participé, même à ceux qui s'y sont opposés. Nous avons déjà rencontré une application de cette idée à propos de l'action en responsabilité que la société peut avoir contre les administrateurs.

SECTION III.

Des assemblées extraordinaires.

§ 1. *But de ces assemblées. — Leur composition.*

Nous appelons assemblées extraordinaires celles dont il est question à l'article 34, c'est-à-dire, celles qui ont à délibérer « sur des modifications aux statuts, ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme. » On voit tout de suite que les différentes délibérations dont il est question dans cet article tendent à modifier plus ou moins profondément le pacte social, tel qu'il a été conclu au début de la société. Si donc l'on

voulait s'attacher aux principes généraux, il faudrait exiger pour la validité de semblables délibérations qu'elles fussent consenties par l'unanimité des actionnaires; ce sont, en effet, des clauses additionnelles, des conventions nouvelles, et il est de principe évident que nul ne peut être obligé à contracter malgré lui : qui dit convention dit essentiellement consentement mutuel. Les rédacteurs de la loi de 1867, sans contester ce principe, ont formellement annoncé l'intention d'y apporter ici une dérogation, qu'ils ont justifiée par l'intérêt du commerce et de l'industrie, et par la faveur due à l'esprit d'association. Ils ont pensé qu'il pourrait être absolument nécessaire à une société, à certains moments de son existence, d'introduire dans les statuts certaines modifications de détail, laissant subsister l'essence même du pacte social, mais y ajoutant ou en retranchant quelques clauses accessoires. Exiger, pour de semblables modifications, le consentement de l'unanimité des actionnaires, ce serait les rendre à peu près impossibles (surtout si les actions sont au porteur). Aussi les ont-ils autorisés en exigeant seulement, pour les assemblées appelées à les voter, une majorité plus grande que pour les assemblées ordinaires. L'article 31 nous dit que ces sortes d'assemblées ne sont constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la *moitié au moins du capital social* (1). Il résulte du simple rapprochement des textes (art. 31 comparé aux art. 29 et 30), que cette quotité est impérieusement exigée : si l'assem-

(1) Il s'agit ici, non-seulement du capital en numéraire, comme pour les assemblées générales constitutives (art. 30), mais du capital social tout entier, sans exclusion de la valeur des apports en nature. Alauzet, *loc. cit.*, n° 745; Vavasseur, n° 898.

blée ne se trouve pas en nombre, les administrateurs pourront bien en convoquer une nouvelle, et après celle-là une autre, jusqu'à ce qu'ils soient arrivés au vote qu'ils poursuivent. Mais quel que soit le nombre des convocations, l'assemblée ne pourra toujours voter valablement que si elle représente la moitié du capital. L'article 31 n'admet aucun des tempéraments des articles 29 et 30; c'est donc qu'il les rejette, et que la règle qu'il établit doit être observée rigoureusement (1) (2).

Il résulte de là que, si l'assemblée n'est pas en nombre, le seul remède sera de tenter une nouvelle convocation. Tant qu'on ne sera pas parvenu à réunir la quotité d'actions exigée par la loi, rien ne sera fait. On a bien demandé dans la discussion au Corps législatif que l'on permît de compléter le nombre de voix manquant à l'assemblée par des adhésions postérieures écrites, obtenues

(1) Cette doctrine est généralement admise : Alauzet, n° 745; Mathieu et Bourguignat, n° 203; Pont, *loc. cit.*, 1685; Lyon-Caen et Renault, n° 491. V. cependant Vavasseur, tom. II, n° 899; de Courcy, *loc. cit.*, p. 128.

(2) Le projet de la commission extra-parlementaire admet un tempérament qui permet d'arriver plus facilement, par une seconde convocation, au résultat désiré : si la première assemblée convoquée ne réunit pas un nombre d'actionnaires suffisant, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Deux avis, publiés à six jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans le *Recueil des sociétés*, feront connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant un *quart* au moins du capital social (art. 21, § 3 du projet). — La loi Belge qui exige aussi la moitié du capital lors de la première réunion, admet qu'une seconde assemblée peut valablement délibérer, quelle que soit la portion du capital représentée par les actionnaires présents (art. 59, § 4). Conforme : art. 33, § 4, projet Roumain.

en faisant circuler à domicile des feuilles d'adhésion ⁽¹⁾. Mais ce moyen de valider *ex post facto* la délibération nulle, bien qu'il eût pu être assez satisfaisant en pratique, a été trouvé dangereux et on l'a écarté. On n'a laissé subsister que le remède puisé dans le droit commun, c'est-à-dire celui qui consiste à convoquer une nouvelle assemblée.

La représentation de moitié du capital est du reste la seule condition spéciale que l'article 31 exige pour les assemblées extraordinaires. Nous en concluons que, pour tout le reste, elles sont soumises aux mêmes règles que les assemblées ordinaires. Il faut donc leur appliquer les dispositions des statuts concernant le nombre d'actions nécessaire pour être admis à l'assemblée, et le nombre de voix attribué à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur. Cette solution cependant a été contestée, surtout en ce qui concerne l'exclusion des petits actionnaires; on a dit que l'importance de ces assemblées devait, comme dans les assemblées constitutives, y faire admettre *tous* les actionnaires; et l'on a argumenté en ce sens de l'article 37 qui exige en effet la présence de tous les actionnaires pour prononcer sur la dissolution, au cas de perte des trois quarts du capital ⁽²⁾. Nous croyons que cette solution, qui serait certainement désirable en pratique, est contraire au texte de la loi. L'article 31, nous le répétons, n'exige qu'une seule condition, la représentation de la moitié du capital, et c'est ajouter à son texte que d'exiger en outre la présence de tous les actionnaires. Quant à l'article 37, il forme une

(1) Tripier, t. II, p. 188 et s.

(2) V. Lyon-Caen et Renault, n° 491.

disposition exceptionnelle, qu'il est contraire aux règles d'une saine interprétation d'étendre aux cas qu'il n'a pas prévus. Seulement il se peut qu'en fait la réunion de tous ceux qui ont, d'après les statuts, le droit de figurer aux assemblées, n'atteigne pas à la moitié du capital social; il faudrait alors convoquer en sus un nombre d'actionnaires suffisant pour parfaire cette moitié. Mais c'est là le seul cas où l'on serait obligé, aux termes mêmes de l'article 34, d'étendre la représentation organisée par les statuts; hors de là, les règles qu'ils posent sur le cens électoral resteront parfaitement applicables (1).

§ 2. *Attributions des assemblées extraordinaires.*

Le caractère des délibérations prises par les assemblées extraordinaires, c'est, avons-nous dit, de contenir des modifications aux statuts. Mais dans quelle limite ces modifications sont-elles possibles? C'est là une question fort délicate, et sur laquelle on est loin de s'entendre.

On a soutenu d'abord une première opinion tout à fait radicale, d'après laquelle ce droit de modification donné aux assemblées générales serait un droit absolu et indéfini. C'est M. Mathieu, rapporteur de la loi de 1867, qui a défendu cette opinion devant la Cour de cassation (2). Suivant lui, le législateur aurait eu l'intention de condamner d'une manière complète la jurisprudence anté-

(1) Vavasseur s'est rallié à cette opinion. V. tom. II, n° 899.

(2) Dans l'affaire Philippart c. Crédit mobilier. V. l'arrêt du 19 avril 1875 cité plus bas.

rieure, qui n'admettait le droit de modifier les statuts que dans certaines conditions déterminées, et il aurait voulu donner aux assemblées un plein pouvoir pour ces modifications. Mais M. Mathieu n'a point réussi à faire prévaloir ce système, et il est resté absolument isolé. Il faudrait, pour établir une théorie aussi exorbitante, qui aboutit à l'omnipotence absolue de l'assemblée, et au despotisme de la majorité, un texte bien précis, annonçant formellement l'intention d'innover (1). Or, l'article 34 ne dit nullement que le droit de l'assemblée soit indéfini; il se borne à indiquer la composition des assemblées qui devront délibérer sur les modifications; mais il ne dit pas quelles modifications seront possibles. Il ne fait du reste que reproduire presque textuellement l'article 14 de la loi de 1863, et rien, dans les travaux préparatoires de cette loi, n'indique l'intention d'adopter cette opinion radicale. Nous devons donc la rejeter.

Cette première théorie écartée, restent en présence deux systèmes entre lesquels il est permis d'hésiter. D'après le premier, le droit de modifier les statuts n'appar-

(1) L'assemblée générale des actionnaires est souveraine d'après la loi Belge : elle a « les pouvoirs les plus étendus » pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société (V. p. 130, note 4). Elle a de plus, à moins d'une disposition contraire, « *le droit d'apporter des modifications aux statuts* » (art. 59, § 2). » Donc, aucune difficulté ne peut être soulevée en Belgique sur les pouvoirs des assemblées. Quatre conditions sont exigées seulement pour que les délibérations, relatives aux modifications des statuts, soient valables : 1° il faut qu'il ne s'agisse pas d'un changement portant sur l'*objet essentiel de la société*; 2° que les convocations aux assemblées énoncent le motif pour lequel elles ont lieu; 3° que ceux qui assistent à la réunion représentent la moitié au moins du capital social (V. p. 133, note 2); 4° enfin, une modification aux statuts n'est admise que si elle réunit les trois quarts des voix (art. 59). Conf. art. 37, proj. Roumain.

tiendrait à l'assemblée qu'autant qu'il lui serait donné directement par les statuts eux-mêmes. Si les statuts ont prévu la modification d'une clause spéciale, cette clause spéciale seule pourra être modifiée. S'ils ont au contraire réservé, en termes généraux, la faculté d'introduire des changements au pacte social, cette faculté ne sera pas pour cela indéfinie; l'assemblée ne pourra changer que les clauses accessoires, secondaires; mais elle devra respecter toutes les stipulations essentielles du pacte social. Enfin, si les statuts sont restés muets, l'assemblée sera sans pouvoir, et aucune modification ne pourra avoir lieu que du consentement de l'unanimité des actionnaires.

— Ce système n'est pas autre chose que l'application du droit commun. Il part de ce principe que toute modification aux statuts, si elle n'a pas été prévue et permise d'avance, constitue une convention nouvelle, qui ne peut être valable que si elle est consentie par tous les actionnaires. Si au contraire la modification a été prévue par les statuts eux-mêmes, il y a dans ce fait une sorte de mandat donné à l'assemblée, et lui permettant d'accomplir, malgré l'opposition de la minorité, les changements prévus : la difficulté, dans cette dernière hypothèse, ne consiste plus que dans l'interprétation des termes et de l'étendue du mandat; et on l'interprète, au cas où la clause est générale, en disant qu'elle ne s'applique qu'aux modifications accessoires, et que les clauses essentielles doivent toujours être respectées. On fait remarquer, dans le sens de cette opinion, que l'article 31 ne confère nullement à l'assemblée un droit spécial de modification des statuts; il se borne à supposer qu'elle a ce droit dans certains cas; pour savoir quels sont ces cas, il faut s'en rapporter aux principes généraux; et dès

lors on est forcé d'admettre les règles que nous avons indiquées ci-dessus ⁽¹⁾.

Nous ne pensons pas que ce système doive être adopté. Il est en contradiction avec l'intention qu'ont exprimée à plusieurs reprises les auteurs de la loi de 1867, d'établir dans l'article 31 une règle exceptionnelle, déroga-toire au droit commun ⁽²⁾. Si les termes de l'article ne font pas ressortir cette intention avec toute la netteté désirable, c'est que ses rédacteurs, se trouvant en présence d'une jurisprudence antérieure qu'admettait, sous certaines distinctions, la possibilité de modifier les statuts, se sont préoccupés surtout d'indiquer comment pourraient se faire les modifications, et ont omis de dire exactement de quelles modifications il s'agissait. Nous pensons donc qu'il n'est pas absolument nécessaire, pour que l'assemblée puisse apporter certains changements aux statuts, que ceux-ci lui aient expressément donné ce pouvoir ⁽³⁾. Le législateur le lui confère directement ; et la dérogation au droit commun consiste ici, suivant nous, tout simplement en ce qu'il considère *comme sous-entendue* la clause des statuts permettant les modifications. Le législateur a cru qu'il était utile à la société de pouvoir, sans demander le consentement de l'unanimité des actionnaires, changer quelques-unes des clauses primitives du contrat ; et dès lors il a considéré les associés comme ayant implicitement donné mandat à l'assemblée générale d'accomplir ces modifications quand elle le

(1) En ce sens : Pont, *loc. cit.*, nos 1688, 1689 ; Labbé ; Note dans Sirey, 81. 1. 443.

(2) V. Tripiér, t. II, p. 190 et 196 (Déclarations de MM. le rapporteur et du commissaire du Gouvernement).

(3) Lyon-Caen et Renault, n° 491 ; De Courcy, *loc. cit.*, p. 125.

croirait opportun. La manière même dont nous envisageons ce pouvoir accordé à l'assemblée nous servira à le limiter; un pareil mandat ne peut pas évidemment se présumer avec une extension indéfinie, qui serait l'abdication de tous les droits des actionnaires entre les mains de la majorité. Il ne se comprend qu'en ce qui concerne les clauses accessoires du pacte social, et non en ce qui concerne ses conditions fondamentales et essentielles. Nous admettons donc, comme le système précédent, la distinction en *clauses fondamentales* et *clauses accessoires*; seulement, nous l'appliquons au cas de silence des statuts, au lieu de l'appliquer au cas où les statuts ont consacré expressément le droit de modification. Quant à cette dernière hypothèse, voici comment nous la réglons : si les statuts ont prévu telle ou telle modification particulière, il n'y aura pas de difficulté; l'assemblée générale, outre le droit que nous lui reconnaissons toujours de modifier les clauses accessoires, aura le pouvoir de faire les changements qui ont été spécialement autorisés. Si au contraire les statuts se sont bornés à consacrer, d'une manière vague et générale, le droit de modification, nous croyons que cela n'ajoutera rien aux pouvoirs de l'assemblée; car cette clause est précisément celle que nous considérons comme sous-entendue dans les statuts de toutes les sociétés anonymes.

Ce système, que nous avons cherché autant que possible à préciser, nous paraît être à peu près celui qui a été admis par un arrêt de la Cour de Paris, du 19 avril 1875 ⁽¹⁾, qui est classique dans la matière : « Considérant, dit cet arrêt, que le pouvoir de modifier les statuts,

(1) Dalloz, 1875. 2. 161.

étant une exception aux dispositions du contrat de société dans lequel se sont engagées les parties, doit être toujours entendu d'une manière restrictive; qu'en dehors des objets spéciaux sur lesquels le contrat aurait expressément permis aux assemblées générales de modifier les statuts, le pouvoir de modification ne peut s'appliquer qu'à des changements qui se feraient dans les limites des règles d'administration ou d'organisation, sans altérer les bases constitutives de la société de manière à blesser l'essence du pacte social; que, dans cette mesure seulement, les associés *sont censés s'être donnés les uns aux autres le mandat de statuer souverainement en assemblée générale*, sur les modifications statutaires qu'il serait de l'intérêt de la société d'adopter... »

Cette doctrine admise, il resterait à déterminer quelles clauses du pacte social on doit considérer comme essentielles, et quelles on doit considérer comme accessoires. C'est là une question délicate, mais qui est surtout une question de fait. M. l'avocat général Hémar, dans les conclusions qui précèdent l'arrêt que nous venons de citer, a cependant essayé de tracer quelques règles générales pour la solution de cette difficulté. Il considère comme essentielles les clauses qui déterminent l'*objet* et la *cause* de l'obligation de chacun des associés. Ce serait en changer l'objet, que d'augmenter ou de diminuer le chiffre de l'apport, ou la durée pour laquelle la société est contractée; ce serait en changer la cause que de modifier les bases de la répartition des bénéfices, d'augmenter ou de diminuer le capital social, ou enfin de changer le genre d'opérations en vue duquel la société s'est constituée. Ces idées générales peuvent en effet servir à relier les unes aux autres les solutions particu-

lières que nous trouvons dans la jurisprudence. Dans l'espèce de l'arrêt de 1875, il s'agissait de la création d'actions de priorité, donnant à leurs souscripteurs, avant toute attribution de bénéfices aux actions anciennes, le droit à un prélèvement de 6 pour cent. C'était modifier les bases de la répartition des bénéfices, par conséquent porter atteinte à une clause essentielle du contrat; aussi la Cour a-t-elle annulé la délibération; il eût fallu, pour qu'elle fût valable, le consentement de l'unanimité des actionnaires. Citons encore, parmi les espèces récentes, comme dépassant les pouvoirs de l'assemblée : la transformation d'une société déjà constituée en une société nouvelle, spécialement d'une société étrangère en une société française ⁽¹⁾; la délibération qui exonérerait les associés apporteurs de l'obligation d'effectuer leurs apports ⁽²⁾; enfin celle qui ferait d'une société créée pour faire l'escompte à trois signatures, une société prêtant sur une seule signature ⁽³⁾.

A l'inverse, d'après les mêmes principes, il faudrait considérer comme valable la délibération de l'assemblée extraordinaire qui autoriserait les administrateurs à hypothéquer désormais librement les immeubles de la société, alors que, d'après les statuts, cet acte dépassait leurs pouvoirs ⁽⁴⁾. Il n'y a là, en effet, qu'un changement dans le mode de gestion de la société : ni la cause ni l'objet de l'obligation des actionnaires ne sont modifiés; la délibération rentre donc dans les pouvoirs gé-

(1) Aix, 14 juin 1879; *Journal des sociétés*, 1880, p. 203.

(2) Paris, 19 mai 1881; *Journal des sociétés*, 1882, p. 696.

(3) Cass., 27 et 28 décembre 1853; Sirey, 54. 1. 433.

(4) Tribunal de la Seine, 30 juillet 1879; Paris, 7 août 1880, Sirey, 81. 2. 93; Cass., 27 juin 1881, Sirey, 81. 1. 441.

néraux de l'assemblée extraordinaire. Il en serait de même de la délibération qui décréterait une augmentation du fonds de réserve imposé par les statuts (1).

Il résulte de tout ce que nous venons de dire que l'assemblée extraordinaire ne peut pas, si cela ne lui est permis par une clause particulière des statuts, accomplir certains actes, que nous signalons en terminant à cause de leur importance. Ces actes sont : la *dissolution* de la société avant le terme fixé, ou sa *prorogation*; la *fusion* de la société avec une société similaire; enfin l'*augmentation* ou la *diminution* du capital social. Tous ces actes portent évidemment atteinte aux clauses essentielles du contrat; ils ne peuvent donc être votés valablement par l'assemblée que si elle tient ce droit d'une clause spéciale des statuts (2). Nous reviendrons, dans la dernière partie de cette thèse, sur les plus importants de ces actes.

(1) Aix, 18 août 1878; *Journal des sociétés*, 1884, p. 683.

(2) La question très-délicate que nous venons d'examiner est l'une de celles qui ont attiré l'attention de la commission extra-parlementaire chargée de réviser la loi de 1867. Elle s'est préoccupée de déterminer les actes qui dépassent les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire. Voici les termes de l'article 23 du projet : « Sauf dispositions contraires, expressément insérées dans les statuts, l'assemblée générale ne peut : 1° Augmenter ou diminuer le chiffre du capital social; 2° Prolonger ou réduire la durée de la société; 3° Changer la quotité de la perte qui rend la dissolution obligatoire; 4° Décider la fusion avec une autre société; 5° Modifier le partage des bénéfices. — Dans aucun cas, l'assemblée générale ne peut changer l'objet essentiel de la société. » On voit que ce projet sanctionne dans ses grandes lignes le système que nous avons exposé. Mais il ne se prononce pas nettement sur le point de savoir si les clauses accessoires peuvent être modifiées, alors même que les statuts ne contiendraient aucune stipulation générale autorisant la modification. — Peut-être cependant serait-il bon de préciser ce point qui, ainsi que nous l'avons vu, soulève une grave difficulté.

CHAPITRE IV.

Nous nous proposons d'étudier dans ce dernier chapitre certaines règles imposées à la société anonyme, règles qui ne se rattachent spécialement à aucun des trois organes que nous venons d'étudier, et qui, pour cette raison, n'ont pu trouver place dans les développements qui précèdent. Elles sont relatives : 1° A la répartition des bénéfices; 2° aux actions judiciaires qui peuvent être intentées, pendant le cours de la société, par certains associés contre d'autres ou contre la société elle-même; 3° aux transformations que l'on peut faire subir à la société, et spécialement aux augmentations et diminutions du capital social.

SECTION I.

De la répartition des bénéfices.

La répartition des bénéfices se fait entre les associés sous forme de *dividendes* que les actionnaires touchent périodiquement à certaines époques déterminées. Le

principe qui domine toute la matière, c'est que ces dividendes ne peuvent être pris que sur des bénéfices déjà réalisés, et qu'en conséquence les actionnaires ne doivent rien toucher tant qu'aucun bénéfice n'a été fait par la société. Avant d'étudier en lui-même ce principe et les conséquences qu'il entraîne, nous devons examiner une question préalable qui est fort importante : c'est celle de savoir si les statuts de la société ne peuvent pas établir une dérogation à ce principe. Il est d'usage, dans la plupart des sociétés par actions, de distinguer, dans les répartitions faites entre les actionnaires, d'une part, l'*intérêt* de leur mise sociale, et d'autre part les *dividendes* proprement dits, c'est-à-dire les sommes qu'ils ont le droit de toucher sur les bénéfices en sus de cet intérêt. Cette distinction offre certains avantages pratiques; elle permet de faire des différences entre les actionnaires suivant leur position. Certains d'entre eux auront droit à la répartition des dividendes et non à celle des intérêts : tels seront les actionnaires à qui on aura remboursé le capital nominal de leurs actions dans le but d'arriver à l'amortissement; comme il serait injuste que cet amortissement les privât de leur participation dans les bénéfices futurs de la société, on leur donnera, en échange de leurs actions primitives, des actions dites de *jouissance*, qui leur permettront de toucher le coupon de dividende, mais non le coupon d'intérêt. Tels seront encore les actionnaires qui n'ont apporté à la société que leur industrie, non évaluée en capital; ils ont droit à participer aux bénéfices, mais ne peuvent prétendre à aucun intérêt. A l'inverse, il se pourra que certains actionnaires aient droit à l'intérêt de leur mise, et non aux autres bénéfices; c'est là une clause parfois imposée

aux souscripteurs d'actions nouvelles, émises par une société en pleine voie de prospérité : on stipule que les nouveaux souscripteurs n'auront droit à des bénéfices supérieurs à l'intérêt de leur mise qu'au bout d'un certain nombre d'années (1).

Tout ceci est certainement très licite si l'on suppose que le coupon d'intérêt, aussi bien que le coupon de dividende, est pris *sur les bénéfices*. C'est alors tout simplement une manière commode de répartir ces bénéfices, et elle ne présente aucun inconvénient.

Mais souvent les statuts des sociétés anonymes contiennent une clause beaucoup plus grave : ils stipulent que les actionnaires auront droit à toucher l'intérêt de leur mise *dans tous les cas*, alors même que la société n'aurait fait aucun bénéfice, alors même qu'elle serait en perte. C'est cette clause qui constituerait une dérogation au principe que nous avons présenté comme fondamental dans la matière : ce serait une répartition entre les actionnaires non prise sur les bénéfices. La question de savoir si une pareille stipulation est valable est l'une des plus graves que nous ayons à examiner.

On voit de suite quels avantages pratiques peut présenter cette clause, si on la déclare valable. D'abord la perspective d'une rétribution à tout événement rassurera et par conséquent attirera les capitaux. En outre, il existe certaines sociétés dans lesquelles cette stipulation est presque indispensable au moins pendant une période de leur existence : ce sont celles qui ne peuvent commencer à réaliser des bénéfices qu'après l'achèvement des tra-

(1) V. sur tout ceci, article de M. Rataud, *Revue critique*, 1865, p. 3.

vaux considérables, qui doivent durer de longues années. Les compagnies de chemin de fer, par exemple, ne pourraient sans cette clause commencer à rétribuer leurs actionnaires qu'après l'achèvement complet de la ligne; et bien peu de capitalistes consentiraient à laisser ainsi dormir leur argent, avec la seule espérance d'un bénéfice futur et incertain.

Ce sont certainement avant tout ces considérations pratiques qui ont entraîné la jurisprudence à admettre la validité de cette promesse d'intérêts. Depuis longtemps déjà cette clause était introduite, avec l'autorisation du Conseil d'État dans les statuts de quelques compagnies de chemin de fer (V. loi du 15 juillet 1840 relative aux chemins de fer de Paris à Orléans, de Strasbourg à Bâle; statuts de la C^{ie} Paris à Orléans, approuvés le 31 janvier 1844; de la C^{ie} Rouen au Havre, approuvés le 21 janvier 1843) ⁽¹⁾. Avant la loi de 1867, la majorité des arrêts avait admis la validité ⁽²⁾, et la jurisprudence postérieure a persisté dans cette voie ⁽³⁾. Quant aux auteurs, ils sont extrêmement divisés sur la question : les uns se déclarant soit pour la validité, soit pour la nullité complète; les autres faisant certaines distinctions ⁽⁴⁾.

(1) Cités par Ruben de Couder, *Dictionn. de droit commercial*, t. VI, p. 669.

(2) V. les arrêts cités dans le *Journal des sociétés*, 1881, p. 587. Notamment le dernier : Cass., 8 mai 1867, D. 67. 1. 193. On peut citer cependant quelques arrêts en sens contraire, notamment : Orléans, 29 décembre 1860, D. 61. 2. 289.

(3) Paris, 1^{er} juin 1876, D. 78. 2. 193; 19 août 1877, D. 78. 2. 194; Douai, 9 avril 1879, Sirey, 79. 2. 320; Cass., 7 mai 1878, D. 79. 1. 134; 8-9 mars 1881, *Journal des sociétés*, 1881, p. 586 et 595.

(4) Dans le sens de la validité : Trolong, *Soc.*, n° 191; Ameline, *Revue pratique*, XXIV, p. 42; Rataud, *Revue critique*, XXVI, p. 3;

Pour nous, si nous avons à nous prononcer sur la question en législation, nous adopterions la distinction que propose M. Boistel⁽¹⁾ : nous admettrions la validité de la clause pour la période de premier établissement, où elle est presque indispensable, si l'on ne veut pas décourager les actionnaires par une trop longue attente. Nous la rejeterions, au contraire, pour la période où la société est en plein fonctionnement : il nous semble, en effet, qu'une fois terminés les travaux préparatoires, une distribution d'intérêt non pris sur les bénéfices ne peut être qu'un trompe-l'œil de nature à induire en erreur les tiers et les associés eux-mêmes, et qu'il n'y a pas de bonne raison de s'écarter, à ce moment, des principes généraux⁽²⁾.

Mais, jusqu'à ce que cette distinction soit introduite dans la loi, il ne nous semble pas qu'on puisse l'admettre en présence des textes actuels. Il faut opter entre la validité ou la nullité, dans tous les cas.

La question étant ainsi posée, nous croyons qu'elle

Paul Pont, nos 1436 et 1490; Mathieu et Bourguignat, n° 92; Vavas seur, t. I, n° 659. Dans le sens de la nullité : Bédarride, t. I, n° 233; Beudant, Dalloz, 67. 1. 193; De Courcy, p. 155; Rousseau, *Questions nouvelles*, p. 84.

(1) *Précis de droit commercial*, n° 295.

(2) Cette doctrine est consacrée par les codes allemand (art. 217), hongrois (art. 165) et italien (art. 141, 2^e al.). Cit. Lyon-Caen et Renault, p. 242, note 1. Voici l'art. 29 proposé par la commission extra-parlem. : « Les statuts peuvent déclarer que les intérêts seront payés aux actionnaires même en l'absence de bénéfices, sous les conditions suivantes : 1^o que le taux de ces intérêts ne puisse pas dépasser 5 0/0 des sommes versées; 2^o que ce prélèvement ne puisse avoir lieu pendant la période de premier établissement, dont le terme est fixé par les statuts, sans pouvoir être dépassé; 3^o que cette clause des statuts soit rendue publique. »

doit être résolue dans le sens de la nullité. Le principe général de la matière est incontestablement celui que nous avons posé en commençant : pas de répartition sans bénéfice réalisé. Ce principe n'est pas contesté par les partisans de la validité ; mais ils s'ingénient à trouver des explications théoriques qui puissent justifier, par un détour, la stipulation d'intérêts. Seulement tous ne présentent pas la même explication. Suivant le plus grand nombre, cette validité découlerait, tout naturellement, de la liberté des conventions ; rien n'interdit aux capitalistes qui mettent des fonds dans une société, de se réserver, au moment où ils contractent leur obligation sociale, un prélèvement périodique sur les sommes qu'ils versent. Sans doute cela constitue une diminution de leur apport ; mais qu'importe, si telle est la convention des parties ? « C'est, dit M. Troplong ⁽¹⁾, comme s'il avait été convenu, que le capital nominal ne serait pas le capital effectif, et que la mise consisterait, non dans la somme versée, mais dans ce qui resterait après les intérêts payés. » « Il faut bien réfléchir, dit de son côté M. Labbé ⁽²⁾, à ce que c'est qu'un capital social annoncé dans les statuts. Est-ce pour les créanciers un gage irréductible ? Et-ce une valeur à l'abri de toute perte, et d'une conservation assurée ? Non, c'est un point de départ, c'est un capital de début soumis aux vicissitudes de la bonne ou de la mauvaise fortune de la société..... La clause du paiement des intérêts est une chance de plus de perte. Les tiers doivent s'informer du sort de la société, et tenir compte de cette chance, ou de cette

(1) *Sociétés*, n° 191.

(2) *Journal du Palais*, 1878, p. 968.

aggravation des pertes que la société a pu subir. » Cette argumentation, toute séduisante qu'elle soit, ne nous paraît pas concluante. La société n'est définitivement constituée, d'après la loi de 1867, qu'après la souscription de l'intégralité du capital et le versement du quart; le chiffre minimum de chaque action (100 ou 500 francs) est déterminé par la loi elle-même : tout cela suppose un capital exactement fixé au moment même de la constitution de la société, et non ce capital flottant et incertain auquel on aboutit dans la théorie que nous combattons. Il semble bien bizarre du reste, que les tiers ne puissent pas compter sur l'intégralité du capital qui leur est annoncé; sans doute ce capital peut diminuer ou disparaître si la société périlite; mais que les associés eux-mêmes puissent en reprendre une partie, qu'ils puissent même le reprendre en totalité si l'absence de bénéfices dure trop longtemps, que les créanciers de la société soient obligés de graduer leur confiance suivant la durée plus ou moins longue des prélèvements; voilà ce que nous ne saurions admettre en présence des dispositions par lesquelles le législateur s'est efforcé de donner comme garantie aux créanciers un capital aussi fixe et aussi invariable que possible.

D'autres partisans de la validité, apercevant le vice de l'argumentation précédente ⁽¹⁾, ont essayé d'asseoir leur thèse sur une autre base. « Les bénéfices nets, réels, d'une entreprise, dit M. Rataud, se composent de la différence qui existe entre le produit brut et le prix de revient. Dans ce prix, il faut comprendre tous les frais de l'entreprise, parmi lesquels on doit faire figurer non-

(1) V. l'article cité plus haut de M. Rataud.

seulement les salaires des ouvriers, l'achat des matières premières, etc... *mais encore le loyer des capitaux engagés.* » Cela revient à considérer les actionnaires jusqu'à un certain point, comme des prêteurs ayant le droit de retirer l'intérêt de leur argent. Mais cette idée, précisément, nous paraît difficilement acceptable : un actionnaire n'est pas un prêteur, puisque c'est un associé; il apporte son argent à la société non dans le but d'en retirer un loyer, mais dans le but de participer aux bénéfices que la société pourra faire. Si ces bénéfices existent, qu'il les touche annuellement sous forme d'intérêts, rien de mieux; mais, s'ils n'existent pas, on ne voit pas comment il pourrait prétendre à toucher le loyer de ses capitaux qui n'ont pas fructifié. Il n'y a pas plus droit qu'il n'aurait droit à la restitution du capital lui-même, si la société se trouvait en perte. Du reste, en considérant le prélèvement annuel d'intérêts comme le loyer des capitaux engagés, il faudrait dire que ces intérêts doivent diminuer au fur et à mesure des prélèvements exécutés. Si la première année on a prélevé 6 pour 100, on a diminué d'autant le capital, puisque par hypothèse ce capital n'a pas fructifié; on devra donc, la seconde année, calculer les 6 pour 100, non sur le capital primitif, mais sur le capital ainsi réduit par le prélèvement; sinon, on violerait la loi de 1807 sur le taux maximum de l'intérêt. Mais précisément, dans la pratique, cette réduction progressive des intérêts n'est point admise, en sorte qu'il est impossible de considérer le prélèvement comme autre chose qu'une réduction du capital lui-même; et nous avons démontré déjà, qu'à le considérer ainsi il était en opposition avec les principes fondamentaux de la loi de 1867 sur la fixité du fonds social.

Nous croyons donc que la clause dont il s'agit est nulle, et que, dans l'état actuel de la loi, on doit assimiler cette répartition d'intérêts indus, à une distribution des dividendes fictifs. Ajoutons qu'en admettant même la validité, comme le fait la jurisprudence, il faudrait au moins exiger, pour que la clause fût opposable aux tiers, qu'elle fût publiée avec l'extrait des statuts de la société. Cela résulte de la considération même que nous venons de présenter : puisque le prélèvement d'intérêts n'est pas autre chose qu'une réduction du fonds social lui-même ; puisqu'il a pour résultat de faire de ce fonds un capital en partie purement nominal, il doit, en admettant qu'il soit valable, être porté à la connaissance des tiers. Si non, ceux-ci ne sauraient plus exactement quel est le capital de la société ; une partie des fonds sur lesquels ils ont droit de compter, se trouverait soustraite à leur action. Nous repousserions donc l'opinion de la jurisprudence d'après laquelle le prélèvement d'intérêts n'est qu'une charge sociale, non soumise à la publicité (1). C'est plus qu'une charge sociale, c'est une réduction du capital (2).

Cette question préalable ainsi tranchée, et étant bien entendu qu'il n'y a aucune exception au principe que nous avons posé : point de distribution sans bénéfice réalisé ; il nous reste, pour étudier les conséquences de ce principe, à nous poser deux questions : 1° Que doit-on entendre par bénéfices réalisés, et sous quelles conditions

(1) Cass., 8 mai 1867 et Paris, 19 août 1877, cités plus haut

(2) En ce sens : M. Labbé. Note dans le *Journal du Palais*, 1878, p. 269 et 270.

peuvent-ils être distribués aux actionnaires? 2° Quelles sont les conséquences d'une répartition qui ne porterait pas sur des bénéfices réalisés? En d'autres termes, quelles sont les conséquences de la distribution des dividendes fictifs.

I. — *Que doit-on entendre par bénéfices réalisés, et sous quelles conditions peuvent-ils être distribués aux actionnaires?*

En théorie pure, il n'y a de bénéfice réalisé définitivement qu'à la dissolution de la société. C'est alors seulement que l'on peut savoir si l'actif net qu'elle possède à ce moment est supérieur à la mise des associés; et le bénéfice réalisé consiste précisément dans l'excédant que cet actif peut présenter dans cette comparaison. Mais il est évidemment impossible dans les sociétés commerciales, surtout dans les sociétés par actions, d'appliquer ces principes dans leur rigueur; il faudrait, en effet, pour cela, ou suspendre toute distribution de dividendes jusqu'à la dissolution de la société, ou décider que toute distribution faite avant cette époque ne sera que provisoire, et pourra donner lieu plus tard à une action en répétition, si la société se trouve mise en perte par un événement postérieur. Or, l'une et l'autre de ces solutions aurait pour résultat inévitable d'écarter complètement les actionnaires : la première rendant leurs capitaux improductifs pendant la durée souvent très longue, parfois indéfinie, de la société; la seconde les exposant à la ruine, s'ils ont cru pouvoir consommer des bénéfices qui paraissent définitivement réalisés, et pour lesquels ils seront poursuivis plus tard en répétition. Aussi, admet-on de-

puis longtemps ⁽¹⁾ que, pour savoir quels bénéfices on doit considérer comme réalisés, il faut se placer non pas à l'époque de la dissolution, mais chaque année à l'époque de l'inventaire. Chaque année, l'inventaire obligatoire constate, en effet, la situation de la société, et si cette situation se résout en un excédant d'actif, il y aura bénéfice que l'on pourra distribuer immédiatement, et qui sera définitivement acquis aux actionnaires. Si, plus tard, la société arrive à être en perte, aucune répétition ne pourra néanmoins avoir lieu.

Mais, pour cela, il faut que les bénéfices distribués aient été réellement, au moment de leur distribution, des bénéfices réalisés; et cette répartition ayant lieu au cours de la société, alors qu'elle est encore en plein fonctionnement, ce sera parfois une question assez délicate que celle de savoir si telle créance, telle opération commencée, qui figure dans l'inventaire, doivent être considérées comme faisant partie de l'actif réalisé, et entrer en ligne de compte pour le calcul du dividende. A en croire l'exposé des motifs de la loi de 1863, on ne devrait entendre par bénéfices réalisés que les bénéfices *encaissés* : « Les résultats probables des entreprises, les effets des conventions et des traités, ne sont pas encore des bénéfices. Si l'on en fait la répartition avant qu'ils soient effectivement réalisés, *avant que la caisse sociale ait reçu les sommes qui en sont la représentation*, c'est sur le capital social qui est pris ce qui est donné aux actionnaires ⁽²⁾..... » Mais c'est là une exagération. Il

(1) C'est la solution implicitement admise par le Code de commerce. V. la discussion dans Loqué, XVII, p. 259 et 260.

(2) Tripiet, loi de 1863, p. 31. V. aussi Cass., 28 juin 1862, D. 62. 4. 305.

suffit, pour qu'une distribution de dividendes soit possible, qu'il y ait des bénéfices certains, provenant d'opérations accomplies; il n'est pas nécessaire qu'ils soient encaissés; il suffit qu'il s'agisse de valeurs facilement réalisables, par exemple d'une traite, ou même d'une simple créance, pourvu qu'elle soit bonne (1). Tout ce qu'il faut retenir de l'exposé des motifs que nous avons cité, c'est donc que l'on ne doit pas distribuer des bénéfices qui ne sont encore qu'éventuels. C'est là un principe incontestable, dont nous trouvons plusieurs applications en jurisprudence : la Cour de cassation a notamment décidé, pour une société se livrant à l'achat et à la vente des terrains, que l'excédant du prix de revente sur le prix d'achat ne pouvait être considéré comme un bénéfice réalisé, lorsque ce prix n'était exigible qu'éventuellement, ou après un nombre d'années variable (2).

Faut-il, pour que l'on puisse regarder les dividendes comme définitivement acquis aux actionnaires, ajouter une autre condition, à savoir qu'ils aient été réellement touchés par les actionnaires? Nous ne le pensons pas; dès que le dividende a été légalement mis en distribution, il est acquis aux actionnaires; si ceux-ci, ne le réclamant pas, le laissent dans la caisse sociale, c'est un prêt qu'ils font à la société. Ils acquièrent donc contre elle une créance, qui ne disparaîtra pas plus tard, alors même que la société viendrait à éprouver des pertes. C'est là l'opinion la plus généralement adoptée (3).

(1) En ce sens : Cass., 25 novembre 1861, D. 62. 1. 166; Bourges, 21 août 1871, D. 73. 2. 34.

(2) Paris, 22 avril 1870, D. 70. 2. 121; Cass., 7 mai 1872, D. 72. 1. 233.

(3) Pont, *loc. cit.*, n° 1482; Lyon-Caen et Renault, p. 240, note 3.

Dans les sociétés en commandite par actions, les conditions précédentes sont les seules exigées pour que des dividendes puissent être distribués aux actionnaires. Mais, pour les sociétés anonymes, l'article 36 de la loi de 1867 contient une disposition spéciale, qu'il nous faut maintenant étudier. Avant toute distribution aux actionnaires, on doit faire annuellement sur les bénéfices nets un prélèvement d'un vingtième au moins, destiné à la formation d'un fonds de réserve. Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsqu'il a atteint le dixième du capital. C'est là une très sage mesure de prévoyance, qui est depuis longtemps en usage dans les sociétés anonymes. Déjà une circulaire ministérielle du 11 juillet 1819 avait déclaré que le Gouvernement n'autoriserait que les sociétés anonymes dont les statuts stipuleraient la constitution d'un fonds de réserve. Les lois de 1863 et 1867 n'ont fait que s'inspirer de cette disposition et de la pratique antérieure en déclarant ce fonds de réserve obligatoire. Si on ne l'impose pas aux sociétés en commandite par actions, c'est parce que, dans ces sociétés, la responsabilité personnelle du gérant constitue pour les tiers une garantie efficace; si donc une réserve est utile dans la commandite, c'est moins dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt de la société elle-même; le législateur a donc pu laisser aux rédacteurs des statuts le soin de l'ordonner. En fait, du reste, presque toujours, ils imposent d'eux-mêmes cette obligation à la société.

Le prélèvement d'un vingtième, imposé à la société anonyme, constitue un minimum que les statuts ne peuvent point abaisser, mais qu'ils peuvent élever. Ils peuvent aussi ordonner que le fonds de réserve continuera à s'augmenter même lorsqu'on aura atteint le

dixième du capital. Si les statuts sont absolument muets sur cette question on se contentera de faire le prélèvement légal, tel qu'il est ordonné par l'article 36. Il n'est pas nécessaire, bien entendu, pour qu'il soit obligatoire, que la disposition de la loi soit répétée dans les statuts. Si des dividendes avaient été distribués aux actionnaires, sans que le prélèvement ait été fait, il y aurait lieu d'abord à la responsabilité personnelle des administrateurs dans les termes de l'article 44; en outre les dividendes ainsi distribués constitueraient, pour toute la portion qui aurait dû être employée au fonds de réserve, des dividendes fictifs, et pourraient par conséquent être répétés dans des conditions que nous étudierons plus loin.

La question la plus délicate que présente l'explication de l'article 36 est celle de savoir comment doit se calculer le vingtième qui doit être prélevé. Il se calcule, d'après le texte, sur les bénéfices nets, c'est-à-dire, sur les produits de l'entreprise, déduction faite des frais généraux et des charges incombant chaque année à la société. Parmi ces charges, qui diminuent les bénéfices nets et par conséquent le prélèvement, il faut comprendre certainement l'intérêt des obligations; mais faut-il comprendre aussi l'intérêt annuel stipulé au profit des actionnaires? La question, pour nous, se lie intimement à celle que nous avons examinée plus haut sur la validité d'une pareille stipulation. Nous avons dit que, suivant nous, toute distribution faite aux actionnaires, même à titre d'intérêt, ne pouvait être prise que sur les bénéfices; ou qu'en d'autres termes, la stipulation d'intérêts au profit des actionnaires devrait être déclarée nulle, en

tant qu'elle tendrait à leur assurer un dividende en l'absence de tout bénéfice, à titre de charge sociale. C'est dire que nous nous refusons à considérer comme une charge l'intérêt promis aux actionnaires, et qu'en conséquence, suivant nous, cet intérêt ne doit pas être déduit des bénéfices sur lesquels doit se calculer le vingtième, destiné à former le fonds de réserve. C'est au contraire après déduction de ce vingtième, que l'intérêt peut être payé, car il est lui-même un bénéfice. Il est à peine nécessaire d'ajouter que, dans le système de la jurisprudence, la solution contraire s'impose : il faut, sur les bénéfices, payer d'abord l'intérêt des actionnaires et ensuite prélever le vingtième de ce qui reste. Outre les arguments que nous avons réputés plus haut, et sur lesquels nous n'avons pas à revenir, on ajoute, pour défendre cette solution, que c'était certainement celle de la circulaire du 11 juillet 1819, qui la première a rendu le prélèvement obligatoire ; il y était dit expressément que « la défense de distribuer des bénéfices ne doit pas empêcher les actionnaires de retirer l'intérêt de leur mise. » Il est naturel, dit-on, d'interpréter, au moyen de cette circulaire, notre article 36, car les rédacteurs de cet article ont présenté sa disposition comme l'une des stipulations normales de l'ancienne société anonyme. Cet argument ne nous semble pas suffisant pour prévaloir contre les principes. La circulaire de 1819 ne prouve qu'une chose : l'opinion de M. Lainé, dont elle émane ; quant à l'article 36, il nous dit que le prélèvement se fera *sur les bénéfices nets* ; comme il ne définit pas ce qu'il entend par bénéfices nets, il faut trancher la question par les principes généraux du droit ; et ces prin-

cipes, suivant nous, conduisent à la solution que nous avons adoptée ⁽¹⁾.

II. — *Quelles sont les conséquences de la distribution des dividendes fictifs?*

Les dividendes distribués aux actionnaires, contrairement aux règles ci-dessus, en l'absence de bénéfices, constituent ce que l'on appelle des dividendes fictifs. Ce sont en réalité des portions du capital social que l'on distribue aux actionnaires. Or le capital social doit, tant que dure la société, servir de garantie aux créanciers; et il ne doit pas être diminué, de quelque manière que ce soit, par des distributions faites aux actionnaires. On comprend donc que la loi prohibe sévèrement une pareille distribution. La première conséquence qui en résulte, c'est une condamnation pénale contre les administrateurs qui s'en sont rendus coupables : ils sont punis des peines de l'article 405 du Code pénal, c'est-à-dire des peines de l'escroquerie (art. 15 de la loi de 1867, appliquées aux sociétés anonymes par l'article 45) ⁽²⁾. Outre cette sanction pénale, il est bien certain aussi qu'ils seront responsables civilement du dommage que cette distribution aura pu causer aux tiers, et cela dans les termes de l'article 44 que nous avons déjà analysé. Enfin la dernière sanction, et la plus efficace, si on l'admettait d'une manière générale, ce serait la possibilité soit pour la société, soit pour les tiers, de répéter contre

(1) En ce sens, sur cette question spéciale : Boistel, n° 325; Alauzet, n° 751; De Courcy, p. 151. En sens contraire : Pont, n° 1594; Vavasseur, n° 910; Bédarride, n° 446; Lyon-Caen et Renault, n° 493.

(2) V. pages 90 et 91.

les actionnaires les sommes qu'ils ont indûment touchées à titre de dividendes. A quelle condition cette action en répétition sera-t-elle possible? C'est ce que nous devons maintenant examiner.

Avant 1867, la jurisprudence admettait répétition des dividendes fictifs dans tous les cas, quelle que fût la bonne foi des actionnaires qui les avait touchés (1). Les motifs sur lesquels s'appuyait cette jurisprudence étaient, suivant nous, en parfait accord avec les principes généraux du droit. Les dividendes fictifs sont en réalité des portions du capital social que l'on restitue aux actionnaires : ceux-ci, en les recevant, reprennent donc une partie de leur mise, et il est naturel qu'on les force à la compléter, absolument comme s'ils ne l'avaient jamais versée tout entière. Il est vrai qu'on avait tenté d'assimiler les actionnaires, lorsqu'ils avaient été de bonne foi, à des possesseurs de bonne foi, acquérant les fruits en vertu des articles 549 et 550 C. C. Mais, par cela même que les dividendes qu'ils touchent sont des portions du capital social, ce ne sont pas des fruits, et il est impossible de leur faire l'application de ces articles. A défaut de texte spécial, les actionnaires se trouvent donc obligés, malgré leur bonne foi, de restituer les dividendes par eux touchés indûment.

Cette jurisprudence, suivant nous, parfaitement fondée en droit, était en fait d'une rigueur exagérée. Si, eu égard à la société, les dividendes fictifs ne sont pas des fruits, ils revêtent jusqu'à un certain point ce caractère à l'égard de l'actionnaire de bonne foi qui les perçoit;

(1) Les arrêts en ce sens sont très nombreux. V. notamment Cass., 8 mai 1867, D. 67. 1. 193. Cependant quelques Cours d'appel avaient admis l'opinion contraire. V. Aix, 22 juillet 1862, D. 62. 2. 148.

en achetant des actions, le but qu'on se propose est de faire un placement, et l'on considère comme des revenus les dividendes que l'on a l'espoir de toucher. On les dépense donc en général au fur et à mesure qu'on les touche, comme le reste de ses revenus. Être obligé plus tard, peut-être après de longues années, d'en opérer la restitution, alors qu'ils sont depuis longtemps consommés, ce peut être la ruine. Si donc, comme nous le croyons, les articles 549, 550 C. C. ne s'appliquent pas textuellement à cette hypothèse, il y a du moins identité de motifs, et il est équitable de régler ce cas comme celui de la perception des fruits par le possesseur de bonne foi. Il est vrai qu'il y a une différence entre les deux situations : le propriétaire de l'immeuble possédé de bonne foi par un tiers a toujours à se reprocher au moins une négligence, et l'on comprendrait que la loi le protégeât moins énergiquement que les créanciers sociaux qui n'ont, eux, rien à se reprocher. Mais cette considération en faveur des créanciers sociaux est contrebalancée par une considération contraire, qui a dû avoir une grande importance aux yeux du législateur : c'est qu'il est nécessaire, si l'on ne veut pas éloigner les capitaux des sociétés par actions, de leur donner une certaine sécurité. Il faut donc que les actionnaires puissent consommer sans crainte les dividendes qui leur sont distribués, alors du moins qu'ils le sont dans des conditions telles qu'ils ont dû les croire réellement et définitivement acquis. Décider le contraire, comme le faisait la jurisprudence avant 1867, c'était les laisser exposés perpétuellement à la ruine, et l'on pouvait craindre par là de décourager, d'une manière trop complète, l'esprit d'association.

Les diverses raisons que nous venons de faire valoir en un sens et en l'autre furent invoquées dans la préparation de la loi de 1867. Le législateur s'arrêta à celles que nous avons indiquées en dernier lieu et adopta le système qui protégeait contre toute répétition de dividendes l'actionnaire de bonne foi. De là le troisième paragraphe de l'article 10 (appliqué par l'article 45 à la société anonyme), lequel est ainsi conçu : « Aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans les cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire, ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire ⁽¹⁾. » A prendre cet article à la lettre, le législateur serait allé plus loin encore que nous ne venons de le dire; il n'aurait admis la répétition que dans deux cas en somme assez exceptionnels (absence d'inventaire, distribution contraire à l'inventaire); et l'actionnaire, même de mauvaise foi, pourrait se défendre, en invoquant cet article, dans toutes les autres hypothèses ⁽²⁾. Mais nous ne croyons pas que cette interprétation littérale exprime la véritable pensée de la loi. Ce que le législateur a voulu, c'est uniquement protéger la bonne foi; cela résulte très nettement des déclarations de M. le rapporteur Mathieu ⁽³⁾ : « Il y a, dit-il, deux situations qu'il ne faut pas confondre. Il y a d'abord la bonne foi, que la commission veut protéger en ce moment; il y a ensuite l'hypothèse de la mauvaise

(1) La loi Belge ne pose aucune règle et reste à cet égard sous l'empire du droit commun (Guillery, *Des sociétés commerciales*, t. II, n° 440).

(2) Ce système est adopté par quelques auteurs : Bédarride, n°s 226 et 228.

(3) Tripied, t. II, p. 498.

foi, et, le bon sens l'indique, elles ne peuvent être placées sur la même ligne et protégées par les mêmes immunités. » La règle générale est donc que la restitution est due par l'actionnaire de mauvaise foi et non par l'actionnaire de bonne foi. Quant aux deux cas expressément prévus par l'article 10, voici quel sens il faut leur attacher : quand l'on se trouvera dans l'une de ces deux hypothèses, la mauvaise foi sera présumée, et l'action en répétition toujours possible; en dehors de ces deux cas, elle ne sera admissible, au contraire, qu'en prouvant directement la mauvaise foi de l'actionnaire. Il faudra prouver, par exemple, la distribution étant faite conformément à l'inventaire, que les actionnaires savaient que cet inventaire était mensonger (1).

Dans les cas où la restitution peut être exigée, elle doit comprendre non-seulement le dividende perçu, mais encore les intérêts à partir du jour même où il a été touché. L'action a en effet le caractère d'une action en complément de la mise sociale, puisqu'il ne s'agit pas d'autre chose que de rétablir cette mise dans son intégrité. Or, d'après l'article 1846 C. C., l'associé qui devait apporter une certaine somme à la société devient de plein droit débiteur des intérêts, à partir du jour où elle devait être payée. Nous ne croyons pas que le système contraire puisse être admissible. On a cependant essayé de le soutenir en disant que l'action en restitution avait le caractère d'une action en répétition de l'indû (2). Mais, sans examiner si cela est exact en théorie, il suffit de faire remar-

(1) V. Lyon-Caen et Renault, n° 454, note 1; Vavas seur, n° 624; Boistel, n° 293; Pont, n° 1488; M. Rataud à son cours,

(2) Pont, n° 1489.

quer que, dans la pratique, on aboutit ainsi, au point de vue que nous étudions, absolument au même résultat : celui qui reçoit l'indû de mauvaise foi doit en effet les intérêts du jour du paiement (art. 1378 C. C.). L'action n'étant jamais recevable qu'en cas de mauvaise foi, il est évident que, même en le considérant comme action en répétition de l'indû, elle devra comprendre les intérêts. L'actionnaire ne peut donc en aucun cas, prétendre qu'il ne les doit que du jour de la demande.

Au contraire, la question de savoir si l'action est une action de complément de la mise, ou une action en répétition de l'indû présente un véritable intérêt pratique lorsqu'il s'agit de déterminer devant quel tribunal elle devra être portée. Si c'est une action en complément, au moins dans l'opinion commune, l'obligation prise par l'actionnaire de verser le montant de sa mise est une obligation commerciale (1). Si au contraire c'est une action en répétition, ce sera une action civile ordinaire de la compétence du tribunal de première instance. La Cour de cassation s'est divisée sur la question : l'action commerciale, d'après la Chambre des Requêtes (2), est civile d'après la Chambre Civile (3). Suivant nous, c'est la première opinion qui doit être adoptée : l'obligation de l'actionnaire dérive évidemment de l'obligation de verser sa mise ; ce n'est pas autre chose que la transformation, la continuation de cette obligation primitive, absolument comme l'obligation de garantie du vendeur est la suite de son obligation de livrer la chose (4). Si donc son engagement

(1) V. Lyon-Caen et Renault, n° 352 et notes. M. Rataud à son cours.

(2) Req., 15 juillet 1863, D. 63, 1. 125.

(3) Req. Ch. C., 8 mai 1867, D. 67, 1. 193.

(4) V. Lombard, p. 114, et Beudant ; Dalloz, 67, 1. 193.

primitif est commercial, (question que nous n'avons pas à examiner ici,) il en est de même de l'action en complément donnée contre lui.

Cette action en complément est accordée contre l'actionnaire qui a touché le dividende fictif ou ses héritiers, elle n'est jamais donnée contre d'autres. Si donc il a transmis son titre à un tiers, ce tiers ne pourra jamais être recherché à sa place. Sans doute, il y aura parfois quelque difficulté à retrouver l'actionnaire qui aura touché, si le titre était au porteur. Mais cette difficulté pratique ne peut pas nous entraîner à admettre l'action en répétition contre un tiers qui n'a rien touché. C'est à la société à prendre ses précautions pour savoir entre les mains de qui elle paie; en pratique, elle exige que celui qui touche le dividende indique sur le bordereau son nom et son adresse; c'est là une précaution bien souvent illusoire, mais ce sont là des inconvénients inévitablement attachés à la forme au porteur, et encore une fois ils ne peuvent faire fléchir les principes.

Les personnes qui ont le droit d'intenter cette action sont, soit la société elle-même, soit ses créanciers. Le plus souvent, c'est après la faillite de la société qu'elle sera exercée, et elle le sera alors naturellement par le syndic qui représente la masse des créanciers ⁽¹⁾. Elle pourra l'être aussi, si la société est dissoute sans être déclarée en faillite, par le liquidateur; il n'est pas besoin pour cela qu'il soit constaté que le passif de la société excède son actif; l'action réussira, dans tous les cas, sauf aux actionnaires à se partager à nouveau les bénéfices, si l'on découvre, après la liquidation, qu'il y

(1) Cass., 3 mars 1863, D. 63. 1. 125.

a un excédant d'actif ⁽¹⁾. Quand la société est encore *in bonis*, l'action ne sera pas, en général, exercée par les créanciers, faute d'intérêt; mais elle pourra l'être par la société elle-même (c'est-à-dire en son nom par les administrateurs). Il est évident, en effet, que la société a le plus grand intérêt à reconstituer son capital. Seulement, il nous paraît conforme à l'esprit de la loi de considérer cette action en quelque sorte comme subsidiaire, et d'obliger en premier lieu les administrateurs, en vertu de leur responsabilité, à reconstituer le capital social diminué par la distribution des dividendes fictifs. Ce n'est qu'autant que cette action serait insuffisante que nous admettrions l'action en répétition contre les actionnaires ⁽²⁾.

Il nous reste à étudier la prescription spéciale établie en cette matière par l'article 10, § 4 : « L'action en répétition, dans les cas où elle est ouverte, se prescrit par cinq ans, à dater du jour fixé pour la distribution des dividendes. » Il est clair que, d'après le droit commun, cette action ne serait prescrite que par trente ans : il en était ainsi avant la loi de 1867, et il en est encore ainsi aujourd'hui en matière de commandite simple. En admettant ici cette courte prescription de cinq ans, le législateur s'est évidemment inspiré de l'article 64 C. Com. Mais cette faveur faite aux actionnaires a été vivement critiquée : ils ne sont aucunement dignes de faveur, a-t-on dit, puisque, en vertu de l'article 10 lui-même, si l'action est admissible contre eux, c'est qu'ils sont de mauvaise foi. Il y a une très grande part de vérité dans

(1) Bourges, 21 août 1871, D. 73. 2. 34.

(2) Lyon Caen et Renault, n° 454; Alauzet, t. II, n° 695.

cette critique; cependant il faut remarquer que, dans les deux cas indiqués spécialement par le texte (absence d'inventaire, distribution contraire à l'inventaire), la loi admet l'action d'une façon absolue, ou, en d'autres termes, *présume* la mauvaise foi, sans que l'actionnaire puisse faire la preuve contraire. Cependant, même dans ces deux hypothèses, il se pourra qu'il y ait eu de sa part négligence ou inattention plutôt que mauvaise foi; et, dans ce cas, on comprend jusqu'à un certain point la faveur de la loi. Il n'en est pas moins vrai, que, faite ainsi sans distinction, elle constitue une dérogation au droit commun dont l'utilité est au moins très contestable.

Ce qui est du reste certainement plus critiquable encore, c'est le point de départ du délai. Ce point de départ se trouve *au jour fixé pour la distribution des dividendes*. Or nous avons vu qu'en fait les créanciers, faute d'intérêt, ne peuvent agir avant la faillite ou la liquidation de la société. Il aurait donc été préférable de ne faire courir le délai qu'à partir de ces époques. Le résultat du système adopté par la loi, c'est de forcer les créanciers à hâter la faillite ou la liquidation, afin de ne pas perdre leur action en répétition. Il est vrai qu'ils conservent certainement leur action en responsabilité contre les administrateurs; mais cette action peut être insuffisante, et l'on comprend qu'ils veuillent s'assurer les moyens de pouvoir exercer l'autre action. En fait, du reste, les inconvénients du système de la loi sont peut-être moindres qu'ils ne paraissent au premier abord : il sera rare que les distributions de dividendes fictifs remontent à plus de cinq ans; car bien peu de sociétés pourraient résister à un prélèvement fait cinq années de suite sur le capital pour payer les actionnaires.

Sur le dernier paragraphe de l'article 10, tranchant une question transitoire, qui n'a plus aujourd'hui grand intérêt pratique, nous nous bornons à renvoyer au texte.

SECTION II.

Des actions judiciaires au cours de la société.

Nous ne voulons pas parler ici des actions judiciaires intentées au nom de la société. Nous avons vu qu'elles le sont par les administrateurs; nous n'avons sur ce point rien de particulier à ajouter. Il s'agit seulement ici des procès que certains actionnaires peuvent avoir à intenter, soit contre les administrateurs, soit contre les commissaires de surveillance, soit peut-être aussi contre d'autres actionnaires. La loi établit pour ces procès une règle de procédure spéciale dans les articles 17 et 39.

Ces articles consacrent, au profit d'actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social, le droit de se faire représenter en justice, tant en demandant qu'en défendant, par un ou plusieurs mandataires.

Quel est exactement le sens de ces articles?

Dans l'interprétation la plus répandue (que nous adoptons d'une façon complète), ils ont pour but de déroger en faveur des actionnaires à une règle générale de procédure que l'on exprime par cette maxime : *Nul en France ne plaide par procureur*. Cette maxime signifie que l'on ne peut pas intenter ou soutenir un procès par l'intermédiaire d'un véritable représentant, c'est-à-dire d'un mandataire qui plaiderait en son propre nom, et derrière lequel se dissimulerait le véritable maître de l'affaire.

Par exception à ce principe, les actionnaires dans les conditions qu'indique l'article 17, peuvent plaider par un mandataire qui soutient seul le procès en son propre nom, sans mettre en cause les noms des personnes qu'il représente. De là résultent une grande simplification et une notable diminution de frais : ainsi, quel que soit le nombre des actionnaires représentés, il n'y aura qu'une seule assignation, qui sera donnée au nom du mandataire seul, et sur laquelle ne seront pas indiqués les noms des personnes pour qui il plaide. Il en sera de même pour tous les autres actes de la procédure : appel, significations d'arrêts ou de jugements, etc... En un mot, au lieu d'avoir autant de procès différents qu'il y a d'actionnaires en cause, on n'aura qu'un seul litige, que soutiendra seul le commissaire nommé en exécution de l'article 17 (art. 39).

Étant admis que tel est bien le sens de cet article, quelle sera la situation d'un groupe d'actionnaires qui ne se trouverait pas dans les conditions exigées par ce texte, c'est-à-dire qui ne représenterait pas le vingtième au moins du capital social? La réponse ne peut être douteuse : ces actionnaires ne jouiront pas du bénéfice exceptionnel de l'article 17 (art. 39), mais ils pourront incontestablement profiter des avantages qui résultent du droit commun. Or, en droit commun, toute personne peut bien plaider par l'intermédiaire d'un mandataire, mais à la condition qu'elle ne se dissimule pas derrière ce mandataire, que ce soit son nom à elle, et non celui de son représentant, qui se trouve dans tous les actes de la procédure. Le mandat judiciaire ainsi compris n'a rien de contraire à la maxime : *Nul en France ne plaide par procureur* : « Cette maxime ne veut pas dire assurément,

et personne ne l'a jamais soutenu, que Secundus, ayant un procès et ne pouvant y vaquer lui-même, ne puisse confier à Primus la direction de ce procès, le choix de l'avoué, et le soin de faire tous les actes qui se rattachent au procès. Cela veut dire seulement que, malgré la direction du procès confiée à Primus, le nom de Secundus doit figurer personnellement dans l'exploit; les condamnations à prononcer doivent l'être contre Secundus mandant, et non pas contre Primus mandataire; enfin, le mandataire Primus ne peut être admis à figurer dans l'instance qu'en justifiant des pouvoirs qu'il a reçus de Secundus. Voilà absolument et uniquement le sens de l'ancienne maxime (1). » Ainsi plusieurs actionnaires, même ne représentant pas le vingtième du capital, pourront fort bien se réunir et plaider par un mandataire unique, à condition qu'ils figurent eux-mêmes dans le procès, et que, dans tous les actes de la procédure où la loi prescrit l'indication des noms, professions et domiciles des plaideurs, on rencontre toutes les énonciations exigées. En se réunissant ainsi, ils diminueront certainement les frais du procès, moins cependant qu'ils ne le feraient s'ils pouvaient user du bénéfice de l'article 17 : ainsi, n'ayant qu'un seul mandataire, ils pourront donner l'assignation par un seul et même exploit; mais cette assignation sera frappée d'autant de droits d'enregistrement qu'il y aura d'actionnaires demandeurs ou défendeurs; au lieu que, dans le cas de l'article 17, une seule personne, le commissaire, étant légalement demandeur ou défendeur, il y aura non pas seulement un seul exploit, mais aussi un seul droit d'enregistrement à payer. Les actionnaires ont

(1) Boitard, *Cours de procédure*, n° 149 (sur l'art. 61 C. Proc.).

donc bien réellement intérêt à se réunir, s'ils le peuvent pour profiter du bénéfice de l'article 17.

Telle est l'explication que donnent de cet article la plupart des commentateurs (1). Elle a été combattue, devant la Cour de cassation, par M. le conseiller rapporteur Demangeat, dans le rapport qui a précédé l'arrêt du 26 mars 1878 (2). D'après lui, les articles 17 et 39 ne contiennent pas une dérogation à la maxime : *Nul en France ne plaide par procureur*. Ils ne font que consacrer, pour les groupes d'actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social, la faculté de droit commun de plaider par un mandataire sans se dissimuler derrière lui. Il en résulte, *a contrario*, que, pour les groupes inférieurs au vingtième du capital, cette faculté de droit commun elle-même disparaît, et que les actionnaires qui n'ont pas le chiffre d'actions exigé par la loi ne peuvent plaider que par eux-mêmes, sans pouvoir se constituer un mandataire *ad litem*. En ce sens, M. Demangeat invoque les termes mêmes de l'article 17, qui consacre simplement la faculté de se faire représenter par un mandataire : « ces expressions : *mandataire et représenter* indiquent nécessairement que le procès est soutenu au nom des actionnaires eux-mêmes. » Dans ce système, nos articles ne renferment plus une faveur pour les actionnaires; ils sont au contraire plus restrictifs et plus rigoureux que le droit commun.

(1) V. Pont, nos 1560 et s. et nos 1722 et s.; Bédarride, nos 301 et s. et 465; Boistel, n° 299; Alauzet, nos 715 et s.; Lyon-Caen et Renault, n° 457. M. Rataud à son cours.

(2) Sirey, 1879. 1. 17. La Cour de cassation, dans l'arrêt qui a suivi, ne s'est pas prononcée sur la question. V. aussi les conclusions de M. l'avocat général Hémar. Sirey, 76. 2. 113.

Cette interprétation nous paraît tout à fait inadmissible. Notre article 17 est la reproduction de l'article 22 de la loi du 23 mai 1863; et cet article 22 lui-même a son origine évidente, malgré d'importantes différences, dans l'article 14 de la loi du 17 juillet 1856. Or, à ces trois époques, en 1856 et 1863, comme en 1867, il a été dit expressément, à plusieurs reprises, que le but que l'on se proposait était de faire une faveur aux actionnaires, et de rendre moins dispendieux les procès qu'ils peuvent avoir à soutenir dans un intérêt commun. C'est donc aller directement contre l'intention du législateur que de présenter ces articles comme une restriction au droit commun : « Le dernier article du projet, dit l'exposé des motifs de la loi de 1863, a pour but de rendre moins dispendieux les procès dans lesquels se trouvent souvent engagés un grand nombre d'associés ayant un intérêt commun. C'est une faveur qu'il était juste d'accorder aux nouvelles sociétés, puisqu'elle a déjà été accordée aux sociétés en commandite par actions. » « L'article 17, dit de son côté le rapport de la commission législative de la loi de 1867, est la reproduction de l'article 14 de la loi du 17 juillet 1856. Contrairement à la maxime bien connue : *Nul en France ne plaide par procureur*, cet article permet aux minorités d'actionnaires de se choisir un ou plusieurs mandataires. » On voit que l'intention de déroger à la maxime dont il s'agit est expressément formulée. Les termes *mandataires* et *représenter* qu'emploie l'article 17 ne sauraient prévaloir contre une volonté aussi formelle; il est vrai qu'ils désignent en général un simple mandataire *ad litem*, mais ils n'ont pas un sens tellement technique qu'ils ne puissent désigner aussi un véritable procureur, plaçant en

son nom, *un commissaire*, comme disait l'article 14 de la loi de 1856. C'est dans ce sens qu'il faut les interpréter ici, puisque nous trouvons, dans les travaux préparatoires de la loi, un commentaire du texte aussi formel et aussi précis que possible.

Ce système admis, examinons maintenant quelles sont les conditions d'application de nos articles 17 et 39; en d'autres termes, à quelles conditions est soumise la faculté donnée aux actionnaires de plaider par procureur.

Ces conditions sont au nombre de trois :

1° Il faut que l'action soit intentée par ou contre des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social. L'article, consacrant une dérogation aux principes, une faveur, ne doit pas être étendu en dehors des cas qu'il prévoit. On ne doit donc pas l'appliquer, par exemple, aux obligataires, qui voudraient se réunir pour intenter en commun un procès (1).

2° Il faut qu'il s'agisse d'un procès entre un groupe d'actionnaires et la société elle-même ou l'un des pouvoirs qui la dirigent. L'article 17, parlant des sociétés en commandite, indique les actions intentées contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance. Il faut donc, en transportant ce texte dans la matière des sociétés anonymes, l'appliquer aux actions intentées contre les administrateurs ou contre les commissaires de contrôle. On a dit qu'il ne fallait entendre par là que les administrateurs ou les commissaires actuellement en exercice (2); et il est bien évident, en effet, que s'il s'a-

(1) L'article 78 du projet de la commission extra-parlementaire accorde la même « faveur aux porteurs d'obligations formant le vingtième au moins du capital représenté par chaque série d'obligations. »

(2) Pont, n° 1566.

gissait d'anciens administrateurs à qui la société aurait encore des comptes à demander, ce ne serait pas par le mandataire spécial de l'article 17 qu'il faudrait agir : ce serait la société elle-même, qui, par l'intermédiaire normal de ces administrateurs actuels, devrait exercer l'action (1). Mais il se peut qu'il s'agisse d'un procès que certains actionnaires seulement ont le droit d'intenter contre ces anciens administrateurs; et dans ce cas, nous ne voyons pas de raison de ne pas leur accorder le bénéfice de l'article 17, absolument comme si ces administrateurs étaient encore en fonctions.

Une question plus délicate est celle de savoir si la disposition de la loi serait applicable à un procès intenté par un groupe d'actionnaires contre un autre groupe d'actionnaires. Il s'agit par exemple d'une répétition de dividendes fictifs que des actionnaires nouvellement entrés dans la société intentent contre des actionnaires anciens. Cette hypothèse n'est pas exactement celle de l'article 17, et l'on pourrait en conclure, en suivant l'interprétation restrictive que nous avons nous-mêmes adoptée plus haut, que la faveur de la loi ne doit pas s'y étendre (2). Nous croyons cependant qu'il est conforme à l'esprit de la loi d'admettre, même dans ce cas, l'application de l'article 17; s'il n'a pas été prévu expressément, c'est que le législateur a statué sur le cas plus ordinaire, mais il n'a pas dû vouloir exclure de la faveur qu'il accordait une hypothèse exactement semblable et pour laquelle il y a mêmes raisons de décider. Nous croyons donc que chacun des groupes d'actionnaires plaident

(1) Cpr. Paris, 21 février 1874, Sirey, 74. 2. 143.

(2) En ce sens : Vavasseur, n° 734.

l'un contre l'autre pourrait se constituer un mandataire dans les termes de l'article 17 (1).

3° Il faut qu'il s'agisse d'un procès intenté par les actionnaires dans un intérêt commun. Si chacun d'eux avait un intérêt distinct et séparé, on retomberait évidemment sous l'empire du droit commun (2).

D'après la loi de 1856, la nomination d'un commissaire, dans tous les procès intentés par les groupes d'actionnaires, était obligatoire; et certaines formes étaient indiquées par la loi pour cette nomination (art. 14). Aujourd'hui, au contraire, l'article 17 n'établit qu'une pure faculté, à laquelle les actionnaires sont toujours libres de renoncer s'ils préfèrent plaider individuellement. En outre, aucune forme n'est indiquée pour la nomination du mandataire. Tout sur ce point est laissé à la liberté des conventions : les actionnaires peuvent nommer un ou plusieurs représentants et les prendre soit parmi eux, soit parmi les personnes étrangères à la société. Quant aux *pouvoirs* confiés à ces mandataires, ils dépendront aussi entièrement de la convention : c'est elle qui décidera si le commissaire est nommé pour un seul degré de juridiction, ou s'il a le droit d'interjeter appel et de former un pourvoi. En l'absence de toute stipulation formelle sur ce point, il faudrait, nous semble-t-il, donner au commissaire nommé le droit de porter le procès devant tous les degrés de juridiction.

Beaucoup de statuts subordonnent les actions que les associés voudraient intenter contre la société à une au-

(1) Pont, n° 1567; Bédarride, nos 312 et 313; Lyon-Caen et Renault, n° 457.

(2) Tribunal de la Seine, 21 décembre 1880, *Journal des sociétés*, 1881, p. 89.

torisation préalable de l'assemblée générale. Cette clause des statuts, n'étant interdite par aucun texte, est parfaitement licite, et par conséquent doit être observée. Il faut cependant indiquer un cas exceptionnel où cette clause ne pourrait pas être opposée à l'actionnaire qui exerce un procès : c'est celui où il intente une action précisément dans le but de démontrer qu'il n'est pas actionnaire ou que la société est nulle. Il est impossible alors de lui opposer comme fin de non-recevoir la clause des statuts, car la question qui se débat est précisément celle de savoir s'il est lié par cette clause. En se la voyant opposer, l'actionnaire répondra : elle ne peut pas m'empêcher d'agir, puisque je ne suis pas associé ; et la question alors se trouvera ramenée, par l'examen de la fin de non-recevoir elle-même, à l'examen de la question qui forme le fond du procès. Dans ce cas, par conséquent, l'actionnaire pourra agir *de plano*, sans tenir compte de la clause qui prescrit l'autorisation ⁽¹⁾.

Il est évident du reste que l'autorisation préalable ne serait pas exigée si c'était la société elle-même qui prit l'initiative du procès contre l'actionnaire. L'autorisation alors résulterait implicitement de cette initiative elle-même.

(1) V. Paris, 49 avril 1875, D. 75. 2. 161. Conclusions de M. Hémar.

SECTION III.

Des augmentations et diminutions du capital social.

Les actes dont nous avons à parler dans cette section ne sont point des actes d'administration. Nous aurions donc pu nous abstenir de les faire rentrer dans le cadre de cette étude. Néanmoins l'intérêt qu'ils présentent, les questions capitales qu'ils soulèvent, nous déterminent à nous en occuper brièvement. Ce sont bien des actes au cours de la société, n'amenant pas sa dissolution, mais une simple transformation; et par conséquent, dans un sens large, on peut les faire rentrer dans l'administration des sociétés anonymes.

§ 1. *Des augmentations de capital.*

On ne peut plus aujourd'hui, comme on le pouvait sous l'empire du Code de commerce, émettre le capital social par séries successives. La loi exige, en effet, pour que la société soit définitivement constituée, la souscription de la totalité du capital social; il y a, en effet, dans cette souscription intégrale, une garantie, soit pour les tiers, soit pour les actionnaires eux-mêmes, de sérieux et de solidité. Cependant les émissions par séries successives, auxquelles on pouvait autrefois avoir recours, pouvaient présenter, au point de vue pratique une certaine utilité : on

peut ne pas connaître, au moment où la société se fonde, les besoins qu'amènera son développement, et dans ce cas il n'est pas inutile de pouvoir augmenter le capital de début. La loi permet bien de ne pas verser intégralement le capital souscrit, et on a ainsi la ressource d'appeler en cas de besoin la portion non versée; mais cela peut ne pas suffire, car peut-être l'extension des affaires de la société est hors de toute proportion avec ce qu'on pouvait prévoir au début. De plus on peut vouloir éviter cet appel des sommes non encore versées, appel qui a toujours quelque chose d'inquiétant et qui diminue, bien loin de les augmenter, les ressources éventuelles sur lesquelles la société peut compter. Les moyens pratiques auxquels on a recours, lorsque le développement pris par la société a démontré l'insuffisance du capital primitif, sont au nombre de deux : l'émission d'obligations ⁽¹⁾, et l'augmentation du capital social. C'est de ce dernier que nous voulons parler ici.

Nous avons vu déjà, dans le chapitre précédent, que cette augmentation du capital, si elle n'avait pas été prévue expressément par les statuts, constituait une dérogation au pacte social, une convention nouvelle, qui excédait les pouvoirs des assemblées extraordinaires elles-mêmes, et ne pouvait être consentie que par l'unanimité des actionnaires. Nous devons nous poser ici une autre question : les articles 1 et 4 de la loi de 1867, (appliqués aux sociétés anonymes par l'article 24,) exigent pour la constitution de la société, certaines conditions qui ont

(1) L'émission des obligations et la position des obligataires ne sont aujourd'hui réglementées par aucun texte. C'est là une lacune que doit combler le projet de la commission extra-parlementaire. V. titre V, articles 75 à 86 du projet.

pour but de garantir le sérieux et la moralité de l'opération : souscription intégrale du capital, versement du quart, déclaration notariée des fondateurs, etc. Toutes ces conditions nécessaires pour la formation du capital originaire, le sont-elles aussi pour celle du capital d'augmentation? Telle est la question très délicate qui divise les auteurs et la jurisprudence. D'après une première opinion, il faudrait répondre négativement. Il n'y a pas, en effet, même raison d'imposer au capital nouveau les conditions rigoureuses que l'on impose au capital primitif. Si le législateur a soumis la formation des sociétés aux prescriptions des articles 1 et suivants, « c'est, dit M. Vavasseur ⁽¹⁾, qu'il a voulu proscrire ces sociétés factices, mort-nées, appelant avec fracas un capital considérable, puis se constituant hâtivement avec une somme insignifiante, pour ne laisser que des ruines quelques mois après. Est-ce que de pareils motifs existent pour une société en marche? Ne serait-ce pas lui créer des entraves inutiles et souvent funestes que de l'obliger à n'user du capital supplémentaire que s'il était intégralement souscrit? Il n'y a pas, heureusement, dans la loi, de disposition restrictive sur ce point; laissons donc agir la liberté naturelle des conventions. » On ajoute, dans le sens de ce système, que si la nullité de la société se comprend lorsqu'il s'agit de vices qui affectent sa constitution même, elle ne se comprend plus lorsque la société, très-régulièrement constituée, exempte de vices à son origine, fonctionne légalement depuis de longues années, et n'est conduite que par une prospérité inespérée à l'augmentation de son capital primitif. Pareille société a fait ses

(1) *Traité des sociétés*, 2^e édit., tome I, n^o 376.

preuves de vitalité, et l'on ne doit pas exiger d'elle, ce qu'on exige d'une société en voie de formation. Du reste, il résulte des termes mêmes de la loi de 1867 (art. 1, § 2), qu'elle ne s'occupe dans ses articles 1 à 4, que de la *constitution* des sociétés; et cela découle encore avec plus d'évidence des travaux préparatoires soit de la loi de 1856, soit de la loi de 1867 : le rapport de cette dernière loi ne parle que des *fondateurs* qui font appel aux capitaux par la voie des prospectus, et des conditions dans lesquelles l'être moral, société, *va entrer dans le monde des affaires* ⁽¹⁾. La thèse contraire amènerait une suspension, un arrêt dans les affaires de la société, chaque fois qu'elle voudrait augmenter son capital, et il y a là un résultat contraire à l'intérêt général et à l'esprit de la loi de 1867 qui est d'encourager les associations ⁽²⁾.

Quelques auteurs, tout en se rangeant en principe au système que nous venons d'exposer, y apportent cependant une restriction. Ils ne l'admettent que dans le cas où l'augmentation du capital a été prévue par les statuts. Si les statuts n'ont pas réservé la faculté de faire cette augmentation, alors il est vrai de dire que la société ainsi modifiée est une société nouvelle, établie dans des conditions toutes différentes de la société primitive, et il faut la traiter comme une société en voie de formation. Mais si au contraire les statuts ont prévu l'augmentation du capital, la société reste ce qu'elle était auparavant, et dès lors tous les arguments par lesquels le système pré-

(1) V. Tripier, tom. I, p. 96.

(2) En ce sens : Vavasseur, tom. I, n° 376; Cass., 24 mai 1869, D. 69. 1. 323; Paris, 28 mai 1869, D. 69. 2. 143; Grenoble, 28 décembre 1871, D. 72. 2. 206; Montpellier, 5 février 1880, *Journal des sociétés*, 1880, p. 193.

cèdent essaie d'écarter l'application des articles 1 à 4 reprennent leur empire : il s'agit d'une simple transformation que la loi n'a pas prévue, et à laquelle on ne peut appliquer sans arbitraire des règles qui ne sont prescrites que pour la constitution (1).

Nous n'admettons aucun des deux systèmes qui précèdent : suivant nous, il faut appliquer dans tous les cas, à l'augmentation du capital, ce que la loi dit de la constitution originaire. Nous ferons observer tout d'abord qu'aucune des deux opinions précédentes ne peut aller jusqu'au bout de son principe. On l'applique bien à l'obligation de souscription intégrale du capital; on décide, sans que cela aille trop visiblement à l'encontre de l'intention des législateurs de 1867, qu'il n'est pas nécessaire pour qu'une nouvelle émission soit valable, qu'elle soit complètement souscrite. Mais il paraît impossible de décider (et personne, en effet, n'est allé jusque-là), que les dispositions des articles 1 à 4, qui déterminent soit le taux des actions, soit les conditions nécessaires pour qu'elles puissent être négociables ou converties en titres au porteur, ne s'appliquent qu'au capital primitif et non au capital nouveau. Comment dire, par exemple, que les actions nouvelles pourront être immédiatement converties en titres au porteur, avant qu'elles soient libérées de moitié, et avant qu'une assemblée générale ait pris la délibération dont parle l'article 3? C'est là cependant que l'on doit en arriver si l'on décide en principe que les règles prescrites pour le capital primitif ne le sont pas pour l'augmentation de ce capital. Distinguer parmi les règles

(1) Pont, nos 876 et 1089. Worms, *Journal des sociétés*, 1880, p. 493.

des articles 1 à 4, c'est manquer de logique et tomber dans l'arbitraire; et ce défaut auquel sont condamnés les systèmes que nous combattons, suffirait déjà à les faire rejeter. D'autre part, nous croyons que c'est se conformer entièrement à l'esprit du législateur que d'assimiler une augmentation du capital à l'émission du capital originaire. Quoique la société qui émet de nouvelles actions soit déjà une société en marche, et qui a fait preuve d'une certaine vitalité, il n'en est pas moins vrai que les dangers que la loi a voulu éviter par ses prescriptions un peu minutieuses, sont presque aussi à craindre dans une émission de nouvelles actions que dans la constitution d'une nouvelle société. Trop souvent l'augmentation de capital, proposée sous le prétexte du développement inespéré des affaires sociales, sera motivée en réalité par la perte cachée, dissimulée, du capital originaire. L'intérêt d'ordre et de moralité publique, qui a porté le législateur à exiger certaines garanties sortant du droit commun, existe donc dans notre hypothèse, aussi bien que lorsqu'il s'agit de fonder une société. Du reste, le système contraire fournirait un moyen trop commode de tourner les dispositions de la loi de 1867 : il suffirait de constituer au début, avec toutes les conditions exigées par la loi, une société avec un capital très faible; puis, par des augmentations successives, faites sans règle aucune, on arriverait peu à peu à constituer une société entièrement différente de la société primitive. Il y a, de cette sorte de transformation, de nombreux exemples; l'un des plus récents, celui de l'Union générale, est particulièrement instructif : fondée en 1878 au capital de 25 millions, cette société porte successivement ce capital, en 1879, à 50 millions; en 1880, à 100 millions; enfin

en 1882, à 150 millions : quel motif y a-t-il de dispenser les 125 millions émis en dernier lieu des conditions exigées pour l'émission des 25 premiers? et ne voit-on pas qu'une société se constitue tout autant par le capital qu'elle émet au cours de ses opérations, que par celui qu'elle émet au début? La Cour de cassation a parfaitement fait ressortir cette considération : « Attendu, dit-elle, dans un arrêt du 27 janvier 1873 ⁽¹⁾, que les sociétés à responsabilité limitée ne sont autorisées qu'à la condition que les actions représentant le capital social seront préalablement souscrites intégralement, et réalisées en numéraire jusqu'à concurrence du quart de leur valeur nominale; que cette prescription d'*ordre public* s'applique nécessairement aux augmentations de ce même capital, autorisées par l'assemblée générale des actionnaires; *qu'une distinction ne saurait être faite entre le capital originaire et le capital nouveau; que l'un et l'autre sont la garantie des tiers, et doivent être constitués dans les mêmes conditions*; que, s'il en était autrement, la loi ne serait plus qu'un obstacle vain aux fraudes et aux abus que le législateur a voulu prévenir. »

Ces considérations répondent aux arguments que fait valoir le premier système; et elles répondent aussi à la distinction proposée par la seconde opinion. Les dangers que nous signalons sont en effet tout aussi grands lorsque l'augmentation a été prévue par les statuts que lorsqu'elle ne l'a pas été. Nous comprenons fort bien que la clause des statuts ait pour résultat d'augmenter les pouvoirs de l'assemblée générale, et de l'autoriser à décider qu'une nouvelle émission est opportune; mais nous ne compre-

(1) Sirey, 1873. 4. 163.

non pas qu'elle puisse autoriser la société elle-même à violer la loi, et à réaliser l'émission en dehors des conditions qu'elle prescrit. Nous repoussons donc la distinction comme le système absolu, et nous croyons qu'en principe il faut exiger pour l'augmentation du capital les mêmes conditions que pour sa création originaire. Si ces conditions ne sont pas remplies, la société tout entière ne sera pas nulle, car on ne comprendrait pas que sa validité, qui est un fait acquis, fût remise en question par des événements postérieurs; mais la nullité atteindra l'émission qui n'a pas été faite dans toutes les conditions prescrites par la loi (1).

Faut-il appliquer ces principes aux sociétés antérieures à la loi de 1867, qui voudraient, depuis cette loi, augmenter leur capital social en vertu d'une clause de leurs statuts? La Cour de cassation a répondu négativement dans un arrêt du 9 janvier 1878 (2). Elle invoque en ce sens le principe posé par l'article 46, d'après lequel les sociétés anonymes antérieures doivent continuer à être soumises, pendant toute leur existence, aux dispositions qui les régissaient à leur fondation. L'article 45 applique

(1) En ce sens : Boistel, n° 254; Lyon-Caen et Renault, n° 418; Beudant, *Rev. crit.*, tom. XXXVI, p. 121; Bourguignat, note dans Sirey, 76. 1. 409; Griolet; note dans Dalloz, 69. 2. 145. V. aussi sur la question : *Les plaidoyers* de M^{re} Falateuf et Lenté, faillite de l'Union générale, journal *la Loi*, 1 et 2 mai 1882. Le projet de la commission extra-parlementaire consacre ce système dans son article 32 : « Les formalités et conditions prévues pour la constitution de la société sont applicables également à toute augmentation du capital social, à peine de nullité. » C'est aussi le système adopté par la loi Belge de 1873 (articles 33 et 34).

(2) Sirey, 78. 1. 409, et Cass., 12 février 1879, Sirey, 79. 1. 217.

bien à ces anciennes sociétés anonymes les dispositions des articles 13, 14, 15 et 16, qui sont des dispositions pénales; mais aucun texte ne parle de leur appliquer l'article 1 de la loi, ce qui est tout naturel d'ailleurs, puisque cet article ne concerne que les sociétés à fonder. Ces arguments ne nous paraissent pas convaincants, et les principes, que nous avons posés plus haut relativement à l'augmentation du capital social, nous conduisent ici à décider que cette augmentation doit être soumise à la loi de 1867, alors même qu'il s'agit d'une société antérieure. Les dangers que nous avons signalés, dangers qui, suivant nous, motivent l'application à toute émission nouvelle des règles applicables à une société qui se fonde, ces dangers sont tout à fait indépendants du point de savoir si la société primitive est, ou non, antérieure à la loi de 1867. L'article 46 est inapplicable à cette situation, puisqu'il s'agit de modifier la société ancienne, et de créer, au moins en quelque manière, une société nouvelle. Quant à l'article 45, il est vrai qu'il ne renvoie pas à l'article 1^{er}, mais seulement aux articles 13 à 16; cela ne nous empêche pas de voir dans le renvoi fait par cet article un argument décisif en faveur de notre opinion. Parmi les textes compris dans ce renvoi, il en est deux, en effet, les articles 13 et 14, qui ne sont, en partie, que la sanction des articles 1 à 3 : le premier punit l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3; le second punit la négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions de ces articles, ou pour lesquelles le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'article 2. On peut donc considérer l'article 45 comme ren-

voyant implicitement aux articles 1 à 3, et cela confirme pleinement notre solution ⁽¹⁾.

§ 2. *Des diminutions du capital social.*

Une fois formé, le capital social ne doit point être diminué. Il appartient irrévocablement à la société, qui n'a pas, elle-même, le droit d'y renoncer partiellement, car il est la garantie des tiers. Toute diminution de ce capital constituerait une dérogation aux statuts, et ne pourrait avoir lieu que dans les conditions où il est permis de faire une modification au pacte social : ce serait même là un changement dans l'une des clauses que nous avons considérées comme essentielles, et en conséquence, à moins qu'il n'ait été prévu spécialement dans les statuts primitifs, il excéderait les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire. Il faudrait, pour l'opérer, le consentement de l'unanimité des actionnaires, et toutes les conditions que la loi exige pour la formation d'une société nouvelle. En exigeant que ce capital soit intégralement souscrit dès le début, le législateur de 1867 a bien indiqué sa volonté qu'il soit intégralement affecté à la garantie des tiers, et qu'il reste tout entier soumis à cette destination. Par conséquent, toute convention ou opération qui aurait pour résultat, soit d'exonérer les souscripteurs du versement de leurs mises, soit de leur restituer des mises déjà versées, serait nulle sous quelque forme qu'elle se pro-

(1) V. pour cette question, que nous nous bornons à traiter sommairement, la note de M. Bourguignat sur l'arrêt cité plus haut. Sirey, 78. 1. 409.

duisit : rétrocession d'actions, distribution de dividendes non justifiés, transaction, etc. Nous croyons qu'aucun doute ne peut s'élever sur ces principes.

Il en résulte, suivant nous, qu'il doit être interdit à la société, au moins d'une façon générale, d'opérer, avec son capital, le rachat de ses propres actions. Ce rachat a, en effet, pour conséquence d'amener une véritable diminution du capital social : il équivaut à un remboursement partiel de ce capital entre les mains de l'actionnaire dont le titre est racheté. Sans doute, il ne sera pas impossible que la société arrive à revendre ce titre qu'elle a acheté, et peut-être à le revendre avec bénéfice; s'il en est ainsi, le capital sera en fait reconstitué par la revente. Mais c'est là une éventualité complètement aléatoire, et il suffit de supposer soit une baisse subite, soit même une dépréciation lente et croissante des actions, pour se rendre compte que la société finira par être obligée de revendre à perte, ou même qu'elle ne trouvera plus aucun moyen de se défaire de ses propres titres qu'elle a accumulés dans sa caisse. Dans ce cas, il y aura très visiblement diminution du capital social, car il est clair que ces titres ne sont plus que du papier, et qu'ils constituent pour les créanciers une garantie tout à fait illusoire. L'opération qui consiste pour une société à racheter ses propres actions serait donc toujours, à supposer qu'elle fût valable, une opération extrêmement dangereuse, et les circonstances qui ont amené la faillite récente de l'Union générale l'ont suffisamment montré. Pour nous, nous croyons qu'elle est nulle, puisqu'elle constitue une diminution du capital social, et par conséquent une dérogation aux statuts, qui ne pourrait être faite valablement que dans les conditions que nous avons

indiquées plus haut. Il est vrai que, dans la discussion de la loi de 1867, on rejeta un amendement proposé par M. Fabre, et qui avait pour but de punir les auteurs de cette opération des peines portées à l'article 405 C. P. Mais le rejet de cet amendement ne peut nullement servir d'argument en faveur de la validité et de la régularité de l'opération. Tout ce qu'il faut en conclure, c'est qu'on n'a pas voulu y voir une véritable escroquerie; mais il n'en reste pas moins vrai qu'il faut considérer le rachat comme nul, et en faire découler les responsabilités de droit commun. Quant à la regarder comme une escroquerie, cela eût, en effet, été exagéré : bien que ce rachat ne constitue que trop souvent un acte déloyal, il y a cependant, en pratique, certains motifs qui peuvent paraître le justifier, et qui ne permettent pas toujours de considérer comme ayant été de mauvaise foi les administrateurs qui se sont livrés à cette manœuvre. On allègue surtout en sa faveur la nécessité de *soutenir les cours*, et de répondre aux manœuvres des Compagnies rivales intéressées à en amener la dépréciation. Ces considérations qui peuvent avoir une certaine valeur pour justifier de la bonne foi des administrateurs, ne peuvent point nous décider à déclarer l'opération en elle-même valable et régulière. Elle est, nous le répétons, tout à la fois dangereuse et contraire aux principes sur la fixité du capital social; elle doit donc être déclarée nulle.

Cependant, il ne faut pas comprendre dans cette prohibition l'*amortissement* qu'une société voudrait faire de ses propres actions. « Entre l'amortissement et l'achat pur et simple, dit M. Beudant ⁽¹⁾, la différence est radi-

(1) *Revue critique*, t. XXXVI, p. 122.

cale : l'amortissement se fait avec les bénéfices, l'achat dont il s'agit avec le capital social; l'amortissement annule les actions amorties ou du moins les transforme en actions de jouissance, l'achat rend la société propriétaire et lui donne droit au dividende; l'amortissement libère le capital, l'achat le réduit. On peut donc sans se contredire, conseiller l'amortissement et défendre l'achat d'actions. » En fait, beaucoup de grandes sociétés créent, à côté de leur fonds de réserve, un fonds d'amortissement; c'est-à-dire qu'elles emploient une partie de leurs bénéfices au remboursement soit des mises primitives qui ont été versées par les actionnaires, soit des emprunts qui ont été contractés par la société. C'est un moyen de faciliter le placement des actions, grâce à la perspective de remboursement que l'on offre ainsi aux actionnaires. Il est parfaitement régulier pourvu que le remboursement s'opère avec des fonds pris sur les bénéfices, et non sur le capital de la société. Les actionnaires ainsi remboursés n'auront plus aucun droit à retirer l'intérêt de leurs mises; ils ne toucheront donc pas, dans l'avenir, la portion des bénéfices attribuée au capital-actions à titre d'intérêts; mais, comme ils ne doivent pas perdre les chances de gain qu'ils ont eues en vue en entrant dans la société, ils pourront encore prétendre, dans l'avenir, à la portion des bénéfices qui représente ces chances de gain; ou, en d'autres termes, ils auront droit de toucher dorénavant, non plus le *coupon d'intérêts*, mais le *coupon de dividendes*. A la dissolution de la société, on n'aura pas à leur rembourser leur capital, puisqu'ils l'ont déjà reçu; mais si, le capital intégralement remboursé, il reste un excédent de bénéfices, ils auront le droit d'y participer comme les autres actionnaires. Pour constater leurs droits, on leur

délivre une *action de jouissance*. Tout cela est, nous le répétons, très régulier pourvu qu'il s'agisse d'un amortissement, et non d'un simple rachat (1).

(1) En l'état actuel de la législation, la distinction est fort difficile à faire. Aussi, la commission chargée de réviser la loi des sociétés, s'est-elle préoccupée de la question, et a-t-elle cherché à déterminer avec plus de précision les cas où il serait permis à une société de racheter ses propres actions. Voici les dispositions qui ont été adoptées, et qui donnent, croyons-nous, satisfaction à tous les intérêts. Elles ont pour but de permettre à la société d'arriver au rachat, lorsqu'il est vraiment utile, tout en lui interdisant en principe. — Art. 33 : « Il est interdit aux sociétés d'acheter leurs propres actions, sauf dans les cas suivants : 1° lorsque ce rachat se fait au moyen de bénéfices ou réserves, en dehors de la réserve statutaire, sur des actions libérées, avec l'autorisation de l'assemblée générale des actionnaires ; 2° lorsqu'il est fait par un amortissement prévu par les statuts ; 3° lorsque le rachat se faisant avec une portion du capital social, toutes les conditions et formalités prescrites pour la réduction de ce capital ont été remplies. Les titres d'actions achetés par une société dans les deux derniers cas ci-dessus doivent être annulés. La nullité des achats faits contrairement aux dispositions du présent article ne peut être prononcée qu'autant que le vendeur a été de mauvaise foi. » — Art. 34 : « Les actions achetées par une société, qui ne doivent pas être annulées, peuvent être représentées à l'assemblée générale des actionnaires, et comptées dans la composition de la majorité nécessaire ; mais il n'y est point attaché le droit de vote, sauf les cas de liquidation de la société ou de réduction du capital social. » — Art. 35 : « Les administrateurs qui, hors des cas prévus par l'article 33, ont fait ou autorisé les achats d'actions, sont, dans tous les cas, responsables envers la société des conséquences de cette opération (V. aussi art. 101 pour la responsabilité pénale).

En Belgique, le rachat des actions opéré sur le capital social est puni d'une amende de 50 francs à 10,000 francs, et, en outre, les juges peuvent prononcer la peine de l'emprisonnement d'un mois à un an (art. 134).

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

1° Les sociétés ne sont des personnes morales que lorsque ce caractère leur a été conféré par un acte de l'autorité.

2° Il n'y a pas désaccord entre les deux textes d'Ulpien qui forment la loi 44, D., *Pro socio* (Lib. XVII, t. II) et la loi 13 pr., D., lib. XIX, t. V.

3° En l'absence de conventions formelles, les parts des associés dans les bénéfices et les pertes sont égales et non pas proportionnelles aux mises.

4° Le bénéfice de compétence n'est pas restreint à la société *omnium bonorum*; il peut être accordé dans toutes les sociétés.

DROIT CIVIL.

1° L'adoption d'un enfant naturel reconnu est valable.

2° La possession d'état ne suffit pas pour prouver la filiation naturelle.

3° L'engagement dans les ordres sacrés ne constitue ni

un empêchement dirimant, ni un empêchement prohibitif au mariage.

4° L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut point consentir, sans l'assistance de ce conseil, les conventions matrimoniales qui entraîneraient pour lui des conséquences plus défavorables que celles du régime de communauté légale.

5° L'article 337 C. C., s'applique au jugement qui déclare la filiation naturelle aussi bien qu'à la reconnaissance volontaire.

DROIT COMMERCIAL.

1° Les administrateurs d'une société anonyme sont révocables *ad nutum*. Cette révocabilité ne peut être écartée par une clause contraire dans les statuts (p. 18 et 20).

2° Les premiers administrateurs nommés par l'assemblée des actionnaires, sont responsables de la nullité de la société provenant de l'omission des formalités initiales (p. 45 et s.).

3° Les administrateurs (et les fondateurs) d'une société annulée ne sont pas tenus, envers les créanciers, de la totalité des dettes sociales. Ils ne sont responsables que dans la mesure du préjudice qu'ils leur ont causé (p. 50 et s.).

4° Le second alinéa de l'article 13, de la loi de 1867, punissant les gérants qui commencent les opérations avant la nomination du conseil de surveillance, n'est pas applicable aux administrateurs des sociétés anonymes ayant commencé les opérations avant la nomination des commissaires du contrôle (p. 89).

5° Les commissaires de surveillance sont responsables envers les tiers (p. 112).

6° La présence de *tous* les actionnaires n'est pas exigée par la loi, pour la validité des délibérations d'une assemblée extraordinaire (p. 134).

7° Les clauses accessoires du pacte social peuvent être modifiées par l'assemblée extraordinaire, alors même que les statuts ne contiendraient aucune stipulation générale autorisant la modification (p. 138).

8° L'assemblée extraordinaire ne peut modifier les clauses fondamentales, essentielles, du pacte social, que lorsque ce droit lui est donné directement par les statuts (p. 135 et s.).

9° La clause d'après laquelle des intérêts seront payés aux actionnaires, même en l'absence des bénéfices, est nulle (p. 147).

10° L'intérêt promis aux actionnaires ne doit pas être déduit des bénéfices sur lesquels doit se calculer le vingtième destiné à former le fonds de réserve (p. 156).

11° Les conditions exigées pour la formation du capital originaire (art. 1 à 4, loi 1867) sont nécessaires pour la formation du capital d'augmentation (p. 178 à 183).

12° Il est interdit à la société d'opérer, avec son capital, le rachat de ses propres actions (p. 186).

DROIT PÉNAL.

1° Une Cour d'assises ne peut accorder la liberté provisoire à un accusé dont elle renvoie l'affaire à une autre session.

2° On ne peut condamner comme complice par recel l'individu qui, ayant reçu la chose de bonne foi, la garde après avoir appris son origine criminelle.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

1° D'après la constitution de 1875, les traités d'extradition n'ont pas besoin de la ratification des Chambres.

2° Le Sénat a le droit d'amender le budget voté par la Chambre des députés.

3° En cas de dissolution de la Chambre des députés, on doit procéder aux élections dans le délai de trois mois.

Vu par le Président de la thèse,

A. BOISTEL.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT,

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

	Pages.
CHAPITRE PREMIER. — Définition. — Des éléments essentiels du contrat de société et des modalités qui peuvent l'affecter.....	III
<i>Section I.</i> — Du consentement.....	IV
<i>Section II.</i> — De l'apport.....	IX
<i>Section III.</i> — Du but de la société.....	XII
<i>Section IV.</i> — Des modalités qui peuvent affecter le contrat de société.....	XIV
APPENDICE	XVIII
CHAPITRE II. — Des diverses espèces de sociétés.....	XXIII
<i>Section I.</i> — De la société <i>universorum bonorum</i>	XXIV
<i>Section II.</i> — De la société <i>universorum quæ ex quæstu veniunt</i>	XXXII
<i>Section III.</i> — De la société <i>unius rei</i>	XXXIV
<i>Section IV.</i> — De la société <i>alicujus negotiationis</i>	XXXV
<i>Section V.</i> — De la société <i>vectigalium</i>	XXXVI
APPENDICE	XXXVIII
CHAPITRE III. — Des effets de la société.....	XLIV
<i>Section I.</i> — Rapports des associés entre eux.....	XLIV
§ 1. Des obligations des associés.....	XLIV
§ 2. Des droits des associés.....	LIX

	Pages.
<i>Section II.</i> — Des rapports des associés avec les tiers.....	LXIV
§ 1. Les dettes des associés envers les tiers.....	LXIV
§ 2. Créances des associés contre les tiers.....	LXVII
CHAPITRE IV. — De l'action <i>pro socio</i> et des actions avec lesquelles elle peut concourir	LXX
<i>Section I.</i> — De l'action <i>pro socio</i>	LXX
<i>Section II.</i> — Concours de l'action <i>pro socio</i> avec d'autres actions.....	LXXVII
CHAPITRE V. — De la dissolution de la société et de ses conséquences	LXXXVI
<i>Section I.</i> — De la dissolution de la société.....	LXXXVI
§ 1. Dissolution <i>ex-personis</i>	XLXXVI
§ 2. Dissolution de la société <i>ex-rebus</i>	XCI
§ 3. Dissolution de la société <i>ex-voluntate</i>	XCII
§ 4. Dissolution de la société <i>ex-actione</i>	XCVI
<i>Section II.</i> — Conséquences de la dissolution de la société.	XCVII

DROIT FRANÇAIS.

DE L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS ANONYMES.

INTRODUCTION	3
CHAPITRE PREMIER. — Des administrateurs	13
<i>Section I.</i> — Règles relatives à l'organisation	14
§ 1. Nomination des administrateurs. Durée de leurs fonctions. Révocabilité.....	14
§ 2. Conditions d'éligibilité.....	22
<i>Section II.</i> — Fonctionnement de l'administration.....	30
§ 1. Pouvoirs des administrateurs.....	30
§ 2. Obligations des administrateurs.....	34
§ 3. Responsabilité des administrateurs	42
§ 4. De la responsabilité au cours de la société.....	59
1° Responsabilité envers la société.....	61
2° Responsabilité envers les tiers.....	78
§ 5. Responsabilité pénale.....	88
APPENDICE. — Du directeur et du mandataire substitué	93
1° Du directeur	93
2° Du mandataire substitué.....	96

	Pages.
CHAPITRE II. — Des commissaires de surveillance.....	102
<i>Section I.</i> — Règles relatives à l'organisation.....	104
<i>Section II.</i> — Fonctionnement du contrôle.....	107
§ 1. Obligations des commissaires.....	107
§ 2. Pouvoirs des commissaires.....	108
§ 3. Responsabilité des commissaires.....	111
CHAPITRE III. — Des assemblées d'actionnaires.....	116
<i>Section I.</i> — Règles communes aux assemblées ordinaires et aux assemblées extraordinaires.....	118
<i>Section II.</i> — Des assemblées ordinaires.....	123
§ 1. Formalités préliminaires.....	123
§ 2. Composition des assemblées ordinaires.....	126
§ 3. Attributions des assemblées ordinaires.....	129
<i>Section III.</i> — Des assemblées extraordinaires.....	131
§ 1. But de ces assemblées. — Leur composition.....	131
§ 2. Attributions des assemblées extraordinaires.....	135
CHAPITRE IV.....	143
<i>Section I.</i> — De la répartition des bénéfices.....	143
<i>Section II.</i> — Des actions judiciaires au cours de la société..	167
<i>Section III.</i> — Des augmentations et diminutions du capital social.....	176
§ 1. Des augmentations du capital.....	176
§ 2. Des diminutions du capital social.....	183

u

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS

OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION
